

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA
HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN
GEÇERLİLİĞİ VE KULLANILMASI

HAZIRLAYAN
ZEYNEP DEMİRYÜREK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. RAMAZAN ARSLAN

Ankara - 2021

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 29/07/2021

Öğrencinin Adı, Soyadı : Zeynep DEMİRYÜREK
Öğrencinin Numarası : 21810432
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı: Prof. Dr. Ramazan ARSLAN
Tez Başlığı : Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Geçerliliği ve Kullanılması

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 166 sayfalık kısmına ilişkin, 29/07/2021 tarihinde şahsım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı %19'dur. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:

ONAY

Tarih: 29/07/2021

Öğrenci Danışmanı

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

TEŞEKKÜR

Lisans sürecimden bu yana öğrencilerine en iyi şekilde katkıda bulunan ve şahsımı tez öğrencisi olarak kabul eden sayın hocam tez danışmanım Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a şükranlarımı sunuyorum.

Biricik ailem Fatma-Yılmaz DEMİRYÜREK'in
beni var eden sonsuz desteği ve sevgisi ile
hayatıma yön veren kıymetli Av. Dr. Bülent ULAŐ'ın
sonsuz emeği ve sabrı için...

ÖZET

Bu çalışmada; hukuk devletinin çok tartışılan konulardan biri olan hukuka aykırı deliller, medeni yargılama hukuku kapsamında ele alınarak, öğretilerdeki görüşler ve yargı uygulamaları anlatılmıştır.

Hâkim, dava dosyasına sunulan delilleri serbestçe değerlendirerek vicdani kanaatini oluşturur. Hâkimin maddi gerçeğe uygun ve adil bir karar verebilmesi için geçmişte yaşanmış bir olayın yargılama esnasında da gerçeğe uygun şekilde ortaya konulabilmesi gerekir. Ancak deliller elde edilirken ve değerlendirilirken devlet makamları ve taraflar hukuka uygun hareket etmek zorundadır. Aksi davranış, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Çalışmada; medeni yargılama hukukunda ispat hakkı ve sınırları ele alınmış, bu kapsamda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ve bu deliller vasıtasıyla elde edilen türev delillerin (zehirli ağacın meyvesi) yargılamaya etkileri, temel hak ve özgürlükler ile hukukun temel ilkelerini ne şekilde ihlal edebileceği açıklanmıştır. Ayrıca hukuka aykırı delillerin kullanılmasının yol açtığı sonuçlara karşı başvuru yolları da ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler : Medeni yargılama hukuku, ispat hakkı ve ispat yasakları, delil, hukuka aykırı delil, zehirli ağacın meyvesi.

ABSTRACT

In this study; evidence against the law, which is one of the most controversial topics of the state of law is handled within the scope of civil jurisdiction law. Thus, the opinions and judicial practices in the doctrine are explained.

The judge freely evaluates the evidence presented in the case file and forms his conscientious opinion. In order for the judge to make a fair decision in accordance with the material truth, an event that happened in the past must be able to be truthfully revealed during the trial. However, state authorities and parties have to act in accordance with the law while obtaining and evaluating evidence. Otherwise, the behavior will be contrary to the rule of law.

The civil jurisdiction law, the right and limits of proof have been discussed in this study. Moreover, in this context, the effects of the evidence obtained through illegal means and derivative evidence (the fruit of the poisonous tree) on the judiciary, the fundamental rights and freedoms are elucidated as well as how these can violate the fundamental principles of the law. Furthermore, remedies against the consequences caused by the use of unlawful evidence are also discussed.

Keywords : Civil trial law, right of proof and prohibitions, evidence, evidence against the law, fruit of poisonous tree.

İÇİNDEKİLER
MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA
HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE ELDE EDİLEN DELİLLERİN GEÇERLİLİĞİ VE
KULLANILMASI

TEŞEKKÜR.....	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER.....	IV
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER VE
KAVRAMLAR

I. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNUN AMACI.....	4
A. İdeolojik Yaklaşımların Medeni Yargılama Sistemleri Üzerindeki Etkileri.....	4
B. İdeoloji ve Medeni Yargılama Hukukunun Amacı.....	6
II. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER.....	7
A. İlke ve Esas Ayrımı.....	7
B. İlkeler.....	8
1. Tasarruf İlkesi.....	8
2. Taraflarca Getirilme İlkesi.....	9
3. Taleple Bağlılık İlkesi.....	10
4. Hukuki Dinlenilme Hakkı.....	10
5. Aleniyet İlkesi.....	11
6. Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü.....	12
7. Usul Ekonomisi İlkesi.....	12
8. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi.....	15
9. Yargılamanın Sevk ve İdaresi.....	17
10. Hukukun Uygulanması.....	17
III. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT VE DELİLLER.....	19

A. İspat.....	19
1. Asıl İspat, Karşı İspat, Aksini İspat.....	19
2. Tam İspat- Yaklaşık İspat.....	20
3. İspat Kolaylıkları.....	21
a. İlk Görünüş İspatı.....	22
b. Fiili Karineler.....	22
c. Emare İspatı.....	23
ç. Tecrübe Kuralları.....	23
d. Delillerin Engellenmesi Nedeniyle İspat Yükünün Yer Değiştirmesi.....	23
B. Delil.....	24
1. Delillerin Özellikleri.....	25
2. Delil Çeşitleri.....	26
a. Kesin deliller.....	26
a.1. İkrar.....	26
a.2. Kesin Hüküm.....	28
a.3. Senet ve Belge.....	29
a.4. Yemin.....	30
b. Takdiri Deliller.....	31
b.1. Tanık.....	31
b.2. Bilirkişi İncelemesi.....	32
b.3. Keşif.....	32
b.4. Uzman Görüşü.....	32
b.5. Kanunda Düzenlenmemiş Diğer Deliller.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT HAKKI VE İSPAT YASAKLARI

I. İSPAT HAKKI.....	34
A. Tarihi Gelişimi.....	35
B. İspat Hakkı Kavramı.....	36
C. İspat Hakkının Önemi ve Yeri.....	36
D. Anayasa ve Medeni Usul Hukuku Bakımından Temelleri ve Dayanağı.....	37
E. İspat Hakkını Güvence Altına Alan Temel İlkeler ve Hukuki Araçlar.....	40
1. Temel İlkeler.....	40
a. Hukuk Devleti İlkesi ve İspat Hakkı.....	40

b. Hukuki Güvenlik İlkesi ve İspat Hakkı.....	42
c. Yargılamanın Haysiyeti İlkesi ve İspat Hakkı.....	43
2. Hukuki Araçlar.....	45
a. Delil Tespiti.....	45
b. İspat Güçlüklerinin Aşılması.....	45
c. İspat Hakkını Genişleten Delil Sözleşmesi.....	46
ç. Kanun Yolları.....	47
F. İspat Hakkı ve Yargılamanın Süjeleri.....	49
1. Hâkimin Rolü.....	49
a. Ön İnceleme Aşaması ve Hâkimin Tarafları Sulhe Teşvik Etmesi.....	50
b. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü.....	51
c. Hâkimin Davayı Sevk ve İdare Yetkisi.....	53
ç. Hâkimin Tarafları Dinlemesi ve İsticvap.....	54
d. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi.....	54
2. Tarafların Rolü.....	55
3. Avukatın Rolü.....	57
G. İspat Hakkı ile Temel Haklar Çatışması ve Kamu Menfaati.....	58
II. İSPAT YASAKLARI.....	60
A. Kavram.....	60
B. İspat Yasaklarının Sınıflandırılması.....	61
1. İçeriğine Göre İspat Yasakları.....	61
a. İspat Konusu Yasakları.....	62
b. İspat Aracı (Delil) Yasakları.....	62
c. İspat Usulü Yasakları.....	62
2. Sonucuna Göre İspat Yasakları.....	63
a. Delilin İncelenmesi Yasağı ve Delilin Hükme Esas Alınması Yasağı.....	63
b. Delili Kullanma Yasağı.....	63

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILMASI VE BUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

I. HUKUKA AYKIRI DELİL KURAMI.....	65
A. Tarihsel Gelişim.....	65
B. Hukuka Aykırılık Kavramı.....	68

C. Delil Elde Etme Fiili.....	69
Ç. Hukuka Aykırı Delil Kavramı.....	70
D. Delil Yasaklarının İşlevi ve Dayanağı.....	72
E. Mutlak ve Nispi Hukuka Aykırı Delil Ayırımı.....	74
F. Hukuka Uygunluk Sebepleri.....	75
II. BAŞKA HUKUK SİSTEMLERİNDE KONUNUN DÜZENLENMESİ.....	77
A. ABD.....	77
B. İngiltere.....	82
C. Fransa.....	84
Ç. İsviçre.....	85
D. Almanya.....	87
E. İtalya.....	89
F. Hollanda.....	90
G. Yunanistan.....	90
III. TÜRK MEDENİ YARGILAMA HUKUKU ÖĞRETİSİNDE HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN ELDE EDİLMESİ VE KULLANILMASINA BAKIŞ VE YARGI UYGULAMALARI.....	91
A. Öğretideki Görüşler.....	91
B. Yargı Uygulamaları.....	94
IV. AİHS VE AİHM'NİN HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILABİLİRLİĞİNE BAKIŞI.....	99
V. HUKUKA AYKIRI YOLDAN ELDE EDİLEN DELİLLERE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ HUKUKSAL SORUNLAR.....	102
A. Hukuka Aykırı Delil Vasıtasıyla Elde Edilen Deliller (Zehirli Ağacın Meyvesi).....	102
1. Uzak Etkiyi Kabul Eden Görüşler.....	104
2. Uzak Etkiyi Kabul Etmeyen Görüşler.....	107
3. Karma Görüşler.....	108
4. Yargı Uygulamaları.....	110
5. Görüş ve Değerlendirme.....	112
B. Resmi Sıfatı Bulunmayan Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Deliller.....	114
C. Tesadüfen Elde Edilen Deliller.....	116
Ç. Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan Çıkarılması Sorunu.....	117

D. Karşı Tarafın Lehine Olan Hukuka Aykırı Delillerin Durumu.....	119
E. Ceza Yargılaması Organlarınca Elde Edilen Delillerin Medeni Yargılama Hukukunda Kullanılabilirliği.....	121
VI. GENEL DEĞERLENDİRME.....	122

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İHLAL EDİLEN HAKLAR, İHLALİN SONUÇLARI VE HUKUKA AYKIRI DELİL TOPLAYANLARIN SORUMLULUĞU

I. KİŞİNİN YAŞAM ALANLARI.....	128
A. Ortak Yaşam Alanı.....	128
B. Özel Yaşam Alanı.....	129
C. Gizli Yaşam Alanı.....	130
II. İHLAL EDİLEN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER.....	131
A. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	132
B. Kişi Dokunulmazlığı Hakkı.....	139
III. İHLALİN SONUÇLARI VE HUKUKA AYKIRI DELİL TOPLAYANLARIN SORUMLULUĞU.....	142
A. Genel Olarak.....	142
B. Hukuka Aykırılığın Ortadan Kaldırılması.....	143
C. Geçersizlik.....	144
1. İspat Sözleşmelerinin Geçersizliği.....	144
2. Pozitif Hukuk Normlarının Geçersizliği.....	145
Ç. Ceza Yaptırımı.....	145
D. Tazminat.....	147
1. Devletin Tazminat Sorumluluğu.....	147
2. Özel Hukuktan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu.....	147
E. Hâkimin Hukuki Sorumluluğu.....	149
SONUÇ.....	151
KAYNAKÇA.....	156

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
a.g.k.	adı geçen makale
AHFM	Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜFHD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBF	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AY	Anayasa
AYD	Anayasa Yargısı Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
b.	bölüm
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
CD	Ceza Dairesi
CGK	Ceza Genel Kurulu
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CMK	Ceza Muhakemeleri Kanunu
CMUK	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CPCN	Code de Procédure Civile Neuchâteloise
CPR	Civil Code Rules
CYY	Ceza Yargılaması Yasası
Çev.	çeviren
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
dn.	dipnot
DR.	Doktor
E.	Esas
EAÜ	Eskişehir Anadolu Üniversitesi
f.	fıkra
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hudoc	Human Rights Documentation (https://hudoc.echr.coe.int/)
HUMK	Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
K.	Karar
KHP	Kamu Hukukçuları Platformu
İst.	İstanbul
İÜHF	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
m.	madde
Mihbir	Türk Medeni Usul Ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
No	numara
Ord.	Ordinaryus
Prof.	Profesör
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
S.D.Ü	Süleyman Demirel Üniversitesi

SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
THD	Terazi Hukuk Dergisi
TMK	Türk Medeni Kanunu
Univ.	Üniversite
U.S.	United States
v.	versus (karşı)
Vd.	Ve devamı
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
YL	Yüksek Lisans
YÜHFD	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für zivilprozess

GİRİŞ

Yargılamanın başlangıcından sonuçlandırılmasına kadar hâkimi maddi gerçeğe ulaştırılan yegâne araç delillerdir. Delillerin muhakemenin yapıtaşı olduğu bile söylenebilir. Bu nedenle, delillerin niteliği, elde ediliş biçimi ve değerlendirilmesi; yargılamanın başarısı ve hukuk sistemine duyulan güven bakımından büyük önem arz etmektedir. Delilin elde edilmesi ve değerlendirilmesi süreçleri temel hak ve özgürlüklere saygılı şekilde yürütülmelidir. Maddi gerçeğe ulaşırken adil yargılanma ilkesi gerekleri ve menfaatler dengesi de gözetilerek oluşması muhtemel hak ihlallerinin önlenmesi gerekir. Bu çalışmada hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller ve bunların kullanılabilirliği sorununa ışık tutulmaya çalışılmıştır.

Ülkemizde, hukuka aykırı delillere ilişkin ilk düzenleme 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda, 18.11.1992 tarihli ve 3842 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılarak, kanuna hukuka aykırı delillere ilişkin hükümler konulmuştur. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 135/a maddesine "... *İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedenî ve ruhî müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez*" hükmü eklenerek bu yöntemlerle elde edilen ifadelerin –rıza bulunsa dahi- delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Daha genel bir ifade kullanılan CMUK'un 254. maddesinde ise "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*" denilerek hukuka aykırı hiçbir delilin kullanılamayacağı daha açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Bilahare, söz konusu düzenlemeler 03.10.2001 tarihinde yapılan değişiklik ile anayasal zemine oturtulmuş ve Anayasa'nın 38. maddesine "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*" hükmü eklenmiştir.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununda ise hukuka aykırı delillere ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler yer almıştır. Hukuka aykırı delillerin ceza muhakemesinde hiçbir şekilde kullanılamayacağına ve delil olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler CMK'nın 148, 206/2-a, 217/2. ve 289. maddelerinde yer almaktadır. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun "*İfade alma ve sorguda yasak usuller*" başlıklı 148. maddesinde mülga CMUK'un 135/a madde hükümleri

tekrarlanmış ve kolluğun müdafii hazır bulunmadan aldığı ifadelerin değerlendirilmesinde bazı sınırlamalar getirilmiştir. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun "*Delillerin ortaya konulması ve reddi*" başlıklı 206/2-a maddesinde, delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunacağı hüküm altına alınmıştır. CMK'nın "*Delilleri takdir yetkisi*" başlıklı 217/2. maddesinde "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*" hükmüne yer verilmiştir. CMK'nın 289. maddesinde, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması mutlak bozma sebebi olarak düzenlenmiştir.

Türk medeni yargılama hukukunda ise 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununda hukuka aykırı yollardan elde edilmiş deliller bakımından herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Ancak 12.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda hukuka aykırı delillere ilişkin düzenleme yapılmış ve HMK'nın "*İspat hakkı*" başlıklı 189/2 maddesi ile "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamaz*" hükmü getirilmiştir. Bu sayede medeni yargılama hukukunda da hukuka aykırı delillerin kullanılmayacağı hususu açıklığa kavuşturularak Anayasa'nın 38. maddesinin medeni yargılama hukukunda geçerli olup olmadığı tartışmalarına da son verilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi, delillerin tespiti hususunda 6100 sayılı HMK'nın 189/2. maddesine atıf yapmaktadır. Dolayısıyla idari yargılama usulünde de hukuka aykırı delil yasağı ilkesinin geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

Böylece kanun koyucu, Türk hukukunun her alanında sadece hukuka uygun şekilde elde edilen delillerin kullanılabilmesi esasını benimsemiştir.

Uygulamada hukuka aykırı delil kullanımı, daha ziyade boşanma davalarında görülmektedir. Taraflar müşterek mazilerini hiçe sayarak; intikam hissiyle ya da maddi beklentilerini karşılamak amacıyla özel hayatı ihlal yoluyla hukuka aykırı delil elde etmekte ve mahkemeye sunmaktadır. Ya da hukuka aykırılığı bir adım daha ileriye taşıyarak, diğer tarafı bizzat veya bu işi meslek edinmiş dedektif gibi kişiler marifetiyle uzun süre izletmekte, özel hayatın her anını kayıt altına aldırıp telefonlarını vs. iletişim vasıtalarını izletip kaydettirmekte ve bu şekilde elde ettikleri hukuka aykırı delilleri kullanarak görünüşte hukuka uygun türev deliller elde etmekte ve zehirli ağacın meyvesi niteliğindeki delillerle yargılamayı etki altına almaktadırlar. Dedektiflik bürolarının özel hayatın ihlali yoluyla hukuka aykırı delil toplarken devletin kullandığı bütün teknik

teçhizat ve donanıma haiz oldukları bilinmektedir. Bu yapıların hukuk sistemimizde düzenlenmediği dolayısıyla faaliyetlerinin ve elde ettikleri verilerin denetim altında olmadığı dikkate alındığında; meselenin hukuka aykırı delil tartışmasından daha ileri düzeyde hak ihlallerine ve toplumsal huzursuzluğa yol açma kapasitesi taşıdığı da kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızda hukuka aykırı şekilde elde edildiği bilinen veya şüphelenilen delilin taraf veya vekili tarafından mahkemeye sunulup sunulamayacağı, mahkemeye sunulduğunda ise bu delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunları incelenmiştir. Ceza muhakemesi hukukumuz açısından hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine ilişkin görüşler, bazı ülkelerin yargı uygulamaları, AİHM'in bu konudaki yaklaşımları ve Türk hukuk öğretisi de ele alınarak bu konunun medeni yargılamadaki yansımaları ve uygulamalar anlatılmıştır.

Çalışmamızın **ilk** bölümünde, medeni yargılama hukukunun amacına değinilerek tarihsel gelişimi anlatılmıştır. Medeni yargılama hukukuna egemen olan genel prensipler açıklanarak ispat ve delil kavramlarına giriş yapılmıştır. Çalışmamızın **ikinci** bölümünde, ispat hakkının ortaya çıkışı ile temelleri ve dayanağı anlatılarak bundan hareketle ispat yasakları konusu açıklanmıştır.

Çalışmamızın **üçüncü** bölümünde, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ilişkin kavramsal bilgiler verilmiştir. Bu bölümde hukuka aykırılık kavramı üzerinde durularak Türk hukuk doktrinindeki görüşler ile yargı uygulamaları anlatılmıştır. Ayrıca hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ilişkin başka hukuk sistemlerindeki düzenlemelere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuya bakışına, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ilişkin yan sorunlardan bahsedilerek, zehirli ağacın meyvesi teorisi, resmi sıfatı bulunmayan kişilerce elde edilen deliller, tesadüfen elde edilen deliller, hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılması sorunu ve karşı tarafın lehine olan delillerin akıbeti konularına değinilmiştir. Çalışmamızın **dördüncü** ve son bölümünde ise, hukuka aykırı şekilde delil toplanması nedeniyle ihlal edilen haklar ile ihlale sebebiyet verenlerin hukuki ve cezai sorumlulukları incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER VE KAVRAMLAR

I. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNUN AMACI

A. İdeolojik Yaklaşımların Medeni Yargılama Sistemleri Üzerindeki Etkileri

Medeni yargılama hukukunun başta gelen amaçları; maddi hukuk kurallarının hayata geçirilmesi, gerçeğe ulaşma, hukuk güvenliği, hukuk yaratma ve hukuki istikrar olarak sayılmaktadır¹. Amaç belirlenirken tartışmaları ortaya çıkaran önemli unsurlardan birisinin medeni yargılama hukukuna ideolojik bakış açıları olduğu düşünülmektedir. 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren temel haklarda ortaya çıkan gelişim, medeni yargılama hukukunda da kendisine yer bulmuş bunun sonucu olarak günümüzde, ideolojik görüşlere sıkı sıkıya bağlı kalmak güçleşmiştir. Gelişen ve değişen dünya koşulları devletlerin evrensel insan haklarını anayasalarında temel hak olarak kabul etmelerini ve hukuk devleti ilkesini hayata geçirmeyi zorunlu kılmaktadır.

Buna bağlı olarak günümüz medeni yargılama hukukunda; yargılamaya ilişkin temel hakların sağlanması ve yargılama sürecinde diğer temel haklara da saygı duyulmasına imkân verecek düzenlemelerin yapılması tüm hukuk sistemlerinin önceliği haline gelmiştir. Dolayısıyla artık medeni yargılama hukukunda da hak arama özgürlüğü, adalete erişim hakkı, etkin hukuki koruma gibi kavramlar kendisine yer bulmuştur ve yargılamanın her aşamasında mevcut kurum ve kuralların hukuk devleti ilkesine uygunluğu denetlenir hale gelmiştir².

Medeni yargılama hukukunun amacına ilişkin tartışmaların; maddi hukuka ilişkin hakların yerine getirilmesini sağlamak mı yoksa taraflar arasındaki uyuşmazlığı bir şekilde sona erdirmek olduğu mu konusunda toplandığı görülmektedir³. *Kofmel*'e göre, hakikatin tespiti insan algısının mükemmel olmaması ve psiko-sosyal gelişmişliğinin az olması

¹Çiftçi, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 59-60.

²Çiftçi, s. 60-61.

³Çiftçi, s. 61.

sebebiyle olanaksızdır; bu yüzden medeni yargı asla hakikate ulaşamaz⁴. *Gaul*'a göre ise, yeminin, ikrarın hâkimi bağladığı; katı veya kanuni delil sisteminin bulunduğu ve özellikle hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisinin olmadığı bir sistemde hiçbir zaman medeni yargılamanın amacı hakikate ulaşmak olmaz⁵.

Ancak günümüzde her iki görüş de birbirine yakınlaşarak uyum içerisine girmeye başlamıştır. Uyuşmazlığın sona erdirilmesi görüşü pragmatik bir ideolojinin sonucu olarak benimsenerek liberal hukuk düzenlerinde uygulanırken, bu görüş günümüzde Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde uyuşmazlığın arabuluculuk veya mahkeme dışında alternatif çözüm yöntemleri ile çözümlenmesi gereğine dönüşmüştür. Görüldüğü üzere hukuk devleti ilkesinin gelişmesi liberal ve sosyalist hukuk düzenlerini birbirine yakınlaştırmıştır⁶.

Hukuk sistemleri amaçlarını gerçekleştirmek üzere kendi kurallarını değiştirirken veya geliştirirken daima toplumun ihtiyaçlarını dikkate almak zorundadır. Hukuk kurallarının şekillenmesinde topluma hâkim olan siyasal görüşler ve devletin benimsediği ideolojiler önemli rol oynamaktadır. Bu durum; hukuk disiplini ile siyaset bilimi ve sosyolojinin ne kadar kuvvetli bağları olduğunu da göstermektedir⁷.

Mirjan Damaska, "The Faces of Justice and State Authority: a Comparative Approach to the Legal Process" adlı çalışmasında yargılama sistemlerini tanımlamak için iki model kabul etmiş ve aktivist devlet (activist state) ve reaktif devlet (reaktive state) modellerini anlatmıştır. Aktivist devlet modelinde devlet, bireylerin istek ve arzularını karşılamak konusunda geniş sorumluluk üstlenmekte ve aynı zamanda toplumda yaşayan bireylerin refah seviyesini artırmak ve sosyal refahın toplum içerisinde eşit dağılımı amacıyla politik alanlar dışında da aktif rol yüklenmektedir. Söz konusu devlet politikasında bireylerin yaşamının her alanı devlet politikası gereğince şekillendirilebilir. Bu modelin klasik yansıması sosyalist politik teoridir. Reaktif devlet modeli ise klasik

⁴⁴Çiftçi, s. 61; **Kofmel, Sabine**, Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Stämpfli Verlag AG, Bern 1992, s. 19-20 naklen.

⁵Çiftçi, s. 61; **Gaul, Hans Friedhelm**, Zur Frage nach Dem Zweck des Zivilprozesses, AcP, C. 168, 1968, (Zweck des Zivilprozesses), s. 49-50 naklen.

⁶Çiftçi, s. 61-62; Ayrıca Bkz. **Prütting, Hanns**, "Arabuluculuk ve Hukuk Devleti", Çev. Pınar Çiftçi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – IX (15-16 Ekim 2010/Ankara) TBB Yayınları 215, Ankara 2012, s. 234.

⁷Çiftçi, s. 65; Bu yönde bkz. **Walter Rechberger**, Relations Between Parties, Judges and Lawyers. Modern Civil Procedure and the Balance of Procedural Forces, XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, (Relations Between Parties, Judges and Lawyers), s. 179 naklen.

liberal teori ile uyumludur. Yani kendi kaderini belirleme işi bireylere bırakılmıştır⁸. Klasik iktisadın kurucusu Adam Smith'in “*Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler*” (*laissez faire, laissez passer*) sözü ile hür teşebbüsü ve serbest dolaşımı savunan devlet, liberalizmin de etkisiyle kendisini küçük politik alanlarla sınırlandırmakta ve sivil toplum alanında sade bir rol üstlenmektedir⁹. Örnek vermek gerekirse, Rousseau ve Marx'ın savunduğu sosyalist teoriler Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin anayasal teorisinde güçlü bir şekilde etkili olmuştur¹⁰. Bu durum 19. yüzyılda iyice artarak, İkinci Dünya Savaşı'nın ve “refah devleti” kavramının etkisiyle, devlet politikalarının bireyi kuşatmasına yol açmıştır. Klasik liberalizmin kurucusu John Locke'un, Amerika Birleşik Devletleri'nin anayasal teorisinde büyük etkisi olması ise devletin reaktif devlet anlayışının benimsemesine yol açmıştır¹¹.

21. yüzyılda medeni yargılama hukuku modelleri açısından devletlerin sıkı bir liberal veya sıkı bir sosyalist şekli benimsemesi artık pek de mümkün değildir. Aslında her iki model birbirinden beslenmektedir. Ayrıca, AİHM'in oluşturduğu içtihat hukuku ve temel hakların korunması konusunda sergilediği net tavır; devletlerin de reaktif modelden aktivist modele yönelmesini zorunlu hale getirmiştir¹².

B. İdeoloji ve Medeni Yargılama Hukukunun Amacı

Devletin hâkim ideolojisi ile yargılamanın amacı ve ispat arasında güçlü bir bağ bulunmaktadır. Reaktif devlet modeli ile aktivist devlet modeli arasında göze çarpan en büyük fark yargılamanın amacıdır. Liberal düşüncenin hâkim olduğu reaktif devlet modelinde mahkemelerin birincil fonksiyonu uyuşmazlığı çözmektir. Amaç sadece uyuşmazlığı çözmektir. Bu şekilde toplumda bireyler arası barışın sağlanacağı düşünülmektedir¹³. Medeni yargılama hukukunun barışın sağlanması dışında başka bir fonksiyonu bulunmamaktadır¹⁴. Aktivist devlet modelinde ise, devlet medeni yargılama hukukunda sistem aracılığıyla bireyler arasındaki hukuki uyuşmazlıkları çözerek sosyal barışı hedeflemekte ise de, başkaca amaçlara da birincil şekilde önem vermektedir.

⁸ Çiftçi, s. 65-66.

⁹ Bulut, Mehmet, Liberalizm Sorguda mı?, Eskiye Dergisi, Sayı 18, Yaz 2010, s. 27-29.

¹⁰ Çiftçi, s. 67; Ayrıntılı bilgi için bkz. Zhivko, Stalev, Sosyalist Avrupa Ülkelerinde Hukuk Yargılaması, Çev. Ejder Yılmaz, AÜHFD, S. 1-4, 1976, s. 151-183.

¹¹ Çiftçi, s. 67.

¹² Çiftçi, s. 67-68.

¹³ Çiftçi, s. 67.

¹⁴ Damaska Mirjan, The Faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process, Yale Univ. Press, Londra 1986, s. 73-75 naklen.

Bireylerin hemen her alanda yaşamını potansiyel olarak şekillendirme yetkisini kendinde gören devlet, böylece sosyal refahı toplum içerisinde eşit olarak dağıtmayı amaçlamaktadır. Hukuk kurallarının başlıca amacı ise toplumun refah düzeyini yükseltmektir. Bu haliyle, medeni yargılama hukuku da, devletin birincil görevi olan toplumun refah seviyesinin yükseltilmesi için getirmiş olduğu maddi hukuk kurallarının korunması ve sağlanması yoluyla sosyal refahın toplum içerisinde eşit dağılımını sağlamış olacaktır¹⁵.

Kıta Avrupası sistemlerinde yargılamanın amacı maddi hukuk kurallarının yerine getirilerek adaletin sağlanmasına yöneliktir. Buna karşılık Amerika Birleşik Devletlerinde hukuk sistemine egemen olan liberal düşünce, medeni yargılama yoluyla uyuşmazlıkları çözmeyi amaçlar. Görüldüğü üzere hukuk sistemlerinde medeni yargılamanın amacı, o hukuk sistemine hâkim ideolojik yaklaşımla bağlantılıdır.

Çiftçi'ye göre ise, amaçları kati şekilde birbirinden ayırarak ideolojik sistemlerin bu amaçlar doğrultusunda medeni yargılama kurallarına şekil verdiğini söylemek kolay değildir¹⁶. Uyuşmazlıkların yargı içi veya yargı dışı çözümlenmesi hukuki olmaktan ziyade, toplumsal ve sosyolojik olarak devletlerin amacıdır. *Konuralp* ise bu husustaki görüşünü, “Kanımca hukuk usulünün tek amacı olduğunu benimsetecek güçlü nedenler bulunmamaktadır. Genel olarak usul kurallarının özel olarak ispat kurallarının amaçsal yorumlanması açısından, adalete ve gerçeğe ulaşmayı da, uyuşmazlıkları çözmeyi de amaç olarak görmek, hukukçuya hem güçlü, hem de esnek bir yorum imkânı kazandırır¹⁷.” şeklinde ifade etmiştir. Yazar ispat kurallarının tek bir amacının olmadığını ve yukarıda anlatılan amaçlardan her birine belirli ölçülerde hizmet etmesi gerektiği savunmaktadır.

II. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER

A. İlke ve Esas Ayrımı

Esas (Grundsatz), bir şeyi sıkı bir şekilde sınırlandıran temel kural anlamına gelmektedir. *Özkes*, esasın; devletin hukuk politikasından bağımsız olarak hukuk devleti ilkesi gereğince uygulanmasının kanun koyucunun tercihine bırakılmamış olduğunu

¹⁵Damaska, s. 82-85 naklen.

¹⁶Çiftçi, s. 69.

¹⁷Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 1999, s. 6.

belirtmektedir¹⁸. Bu ifade esasın anayasal güvencesinin bulunduğunu, istisnalarının az olduğunu, yapısı itibarıyla katı olduğundan değiştirilemeyeceğini ve hâkimin takdirine bırakılmamış olduğunu belirtmektedir.

İlkeler (Maxime) ise, devletin hukuk politikası ile bağlantılı olarak yargılama organının tercihine bırakılan ve yargısal faaliyetin görülmesine ilişkin hâkimiyet sahasının taraf ile hâkim yetkilerine göre paylaştırıldığı veya bunlardan birine tevcih edilen ve esnek yapılı olan medenî yargılamanın üst kurallarıdır¹⁹. İlkeler tarafların veya hâkimin egemenliğine dayanan teknik normların kuruluşunu göstererek yargılamaya bir karakter atfetmektedir. Esastan farklı olarak ilkeler esnek olduğu için egemenlik sahasından diğerine geçiş mümkün olmakta ve istisnalarının da esastan farklı olarak fazlaca olduğu söylenebilir.

B. İlkeler

1. Tasarruf İlkesi

“*Bir yerde davacı yoksa hâkim de yoktur*” (Neprocedat iudex ex officio)²⁰ şeklinde de ifade edilmiş olan bu kural ile hakkı ihlâl edilen ya da ihlâl edilme tehlikesi altında bulunan taraf veyahut da objektif hukuk kuralının uygulanmasını talep eden ilgilinin olması gerektiği belirtilmektedir. Bu kural, yalnızca yargılamanın başlatılmasının taraf inisiyatifinde olduğunu göstermektedir Burada, anayasal garanti altındaki irade özgürlüğünün yargılama hukukunda bir yansıması (Anayasa m. 36) bulunmaktadır²¹.

Tasarruf ilkesi tarafların hâkimiyetini ifade etmektedir²². Davacının yargılamayı başlatması, dava konusunu belirlemesi, davayı geri alması, feragat etmesi, davalının davayı kabul etmesi, tarafların sulh olmaları, tarafların olağan veya olağanüstü kanun yoluna başvurmaları, kanun yolu başvurularını geri almaları, feragat etmeleri veya kanun yolunda incelenmesini istemeleri tamamen tasarruf ilkesi ile ilişkilidir. Yani hâkim taraflardan

¹⁸**Meriç, Nedim**, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, s. 25; **Özekes, Muhammet**, Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 82.

¹⁹**Meriç**, s. 25; **Özekes**, s. 82.

²⁰**Meriç**, s. 31; Ayrıca bkz. **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Ankara 2014, s. 219.

²¹**Meriç**, s. 31.

²²**Meriç**, s. 29; **Canstein, Raban von**, Die rationelle Grundlagen des Civilprozesses, Wien 1877, s. 169 (Naklen **Bomsdorf, Falk**, Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit, Schriften zum Prozessrecht, Band 19, Berlin 1971, s.175.)

birisinin talebi olmaksızın dava açıp kendiliğinden inceleyemez. Kanunda açıkça belirtilmediği takdirde kimse kendi lehine dahi olsa da dava açmaya veya bu hakkını talep etmeye zorlanamaz (HMK m. 24). Bu nedenle, hâkim kural olarak tarafların talebi ile bağlıdır. Talep edilenden daha çoğuna veya talep edilenden farklı bir şeye karar veremez. Ancak talep edilenden daha azına karar verebilir. Bununla birlikte, hâkim, açılan davanın reddine dair hüküm kurmak için davalı tarafın talebini beklemek zorunda değildir²³.

2.Taraflarca Getirilme İlkesi

Yukarıda açıklandığı üzere, reaktif devlet modelinin uygulandığı medeni yargılama sistemlerinde mahkeme tarafların ileri sürmüş olduğu vakıa ve delillerden öte inceleme yapmamakta, re'sen gerçeği araştıramamaktadır. Mahkeme, tarafların ileri sürmüş oldukları vakıalar, deliller ve iddialar çerçevesinde uyuşmazlığı çözmektedir.

Türk hukuk yargısında da çekişmeli yargılamanın söz konusu olduğu hallerde dava malzemesinin getirilmesi hususunda tarafların mutlak yetkisi söz konusudur. Bu ilkenin konuluş amacı hukuk yargısının çekişmeli kısmında, dava malzemesinin (yani, davanın temelini teşkil eden vakıalar ve delillerin) getirilmesi hususunda, tarafların mutlak yetkisinin bulunmasıdır. Bu nedenle hâkim, tarafların söylemediği bir şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve bunu taraflara hatırlatabilecek davranışlarda bulunamaz. Sadece taraflarca ileri sürülen vakıaları ve delilleri inceleyebilir. Ancak hâkim, dava dosyasındaki bilgilerden olayla ilgili olduğu anlaşılan kişileri tanık olarak dinleyebilir, bilirkişi incelemesi ve keşif yapılmasına kendiliğinden karar verebilir. Ayrıca hâkim, olayın aydınlanması için tarafların delil göstermesini isteyebilir (HMK m. 31); bununla birlikte tarafa belli bir delili hatırlatamaz. Kendisi de davaya ilişkin kişisel bilgisini yargılamada kullanamaz²⁴.

Taraflarca getirilme ilkesine kamu düzenini ilgilendiren davalar ile çekişmesiz yargı işleri istisna teşkil etmektedir. Örneğin, babalık davası ve soybağının reddi davası kamu düzenini ilgilendirdiği için kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmaktadır (HMK m. 382, 1/c). Mirasçılık belgesi istemi ise çekişmesiz bir yargı işi olduğu için kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanmaktadır²⁵ (HMK m. 385, 2). Ayrıca somut olaya hangi hukuk

²³ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin 2020, s. 155-157.

²⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 158-159.

²⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 157-160.

kuralının uygulanacağına karar verme ve uygulama yetkisi mahkemeye aittir (HMK m. 33). Taraflar, uygulanacak hukuk kuralını dilekçelerinde hatalı göstermiş olsalar dahi, doğru olan hukuk kuralını bularak uygulamak mahkemenin görevidir. Mahkeme bu hususta tarafların talebi veya görüşüyle bağlı değildir.

3. Taleple Bağlılık İlkesi

HMK'nın 26. maddesi gereğince; dava konusunu davacı belirler. Bunun sonucunda da mahkeme konu ve miktar hakkında karar verir. Hâkim, kural olarak tarafların talep sonuçları ile bağlıdır. Bu nedenle hâkim, talep sonucunda belirtilen miktardan fazlasına veya kanunda açıkça belirtilmemişse, başka bir şeye karar veremez. Ancak, hâkim, talep sonucunda belirtilen miktardan daha az bir miktara karar verebilir. Taleple bağlılık ilkesi kendiliğinin araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda geçerliliği bulunmamaktadır. Örneğin, davada yargılama giderleri talep edilmemiş olsa dahi, hâkim kendiliğinden davada haksız çıkan tarafı yargılama giderine mahkûm eder²⁶ (HMK m. 332, 1).

4. Hukuki Dinlenme Hakkı

Anayasanın 36. maddesi, AİHS 6. maddesi ve HMK'nın 27. maddesi gereğince, hukuki dinlenme hakkı, davanın sonuçlanması durumunda hukuki durumu etkilenecek herkese tanınır. Mahkeme hükmünü vermeden önce bu hakkı her iki tarafa da eşit şekilde tanınmalıdır. Tüm yargılamalarda ve yargılamanın her aşamasında bu hakka uyulması gerekir.

Tarafların yargı organlarınca ve karşı tarafın yaptığı işlemler konusunda bilgilendirilmeleri zorunludur. Taraflar, davayla ilgili iddia ve savunmalarını ileri sürme ve bunları ispat etme hakkına sahiptir. “Silahların eşitliği ilkesi” gereğince, her iki taraf da bu haktan eşit şekilde yararlanır. “Sürpriz karar yasağı” uyarınca, Mahkemenin yaptığı değerlendirme sonucunda ortaya çıkacak karar, hukukun genel ilkelerine, mevzuata ve yerleşik içtihatlarla tamamen aykırı ve sürpriz sayılacak nitelikte olmamalıdır. Ayrıca Mahkemenin davayı değerlendirmesi verilecek hükmün gerekçesi yapılacağından, eksik,

²⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 161.

şeklî ve görünüşte karar gerekçesi yazılması, hukuki dinlenilme hakkının ihlâlüne neden olacaktır²⁷.

5. Aleniyet İlkesi

Yargılamalarda kural olarak duruşmalar ve kararların tefhimi alenidir. Aleniyet ilkesi, Anayasanın 141/I maddesi ve HMK'nın 28. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Yargı yetkisinin "kapalı kapılar ardında" kullanılmasının önüne geçilerek yargının saydam ve demokratik işleyişi sağlanmıştır²⁸. Ancak aleniyetin sınırları bulunmaktadır. Şöyle ki; genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, taraflardan birinin talebiyle veya mahkeme tarafından duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli yapılmasına karar verilebilir. Hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları konusunda uyarır ve aksi davranışlarda TCK'nın gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar eder. Ancak yargılama taraflara kapalı yapılamaz.

Aleniyet ilkesinin bir istisnası da kayıt ve yayın yasağıdır (HMK m. 153). Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde ve dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, duruşma salonunda mahkeme tarafından çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile dava dosyası içindeki kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren her türlü belge, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık rızası bulunmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz. Duruşma sırasında bu yasağa aykırı davranan kişiler hakkında duruşma düzeni bozmak nedeniyle HMK'nın 151. maddesi uygulanır. Kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişiler hakkında ayrıca, TCK'nın 286. maddesi hükümleri uygulanır.

Duruşma dışında, dava dosyasında yapılan işlemlerde de aleniyet ilkesi uygulanır. Duruşma tutanakları, dava dosyası suretleri taraflar ve fer-i müdahillere talep halinde verilir. Ancak gizlilik kapsamında kalan belgeler ancak hâkim izni ile verilebilir ve incelenebilir. Dava dosyası ile ilgisi bulunanlar ise bu hali ispatlamak kaydıyla hâkim izni ile dava dosyasını inceleyebilir (HMK m. 161, 1).

²⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 153-155.

²⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 151.

6. Dürüst Davranma ve Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü

Dürüstlük ilkesi, Medeni Kanunda (m. 2) yer almaktadır. Dürüstlük kuralına uymak taraflara getirilen bir yükümlülüktür ve usul hukukunda da geçerlidir (HMK m. 29). Davanın açılması sırasında dürüstlük ilkesine aykırı davranılması hususunda kanunda usuli yaptırımlar öngörülmüştür (HMK m. 327, 329). Taraflar gibi avukatları ve kanuni temsilcileri de dürüstlük kurallarına uymalıdır. Dürüstlük kuralları hâkim tarafından re'sen uygulanır ve taraflar yargılamanın her aşamasında bunu ileri sürebilir.

Taraflar yargılama esnasında menfaatlerine uygun olan vakıa ve delilleri ileri sürüp sürmeyecekleri konusunda serbesttir. Ancak ileri sürdükleri hususların doğru olması, beyan ve açıklamalarının gerçeğe aykırı olmaması gerekmektedir. Doğruyu söyleme yükümlülüğünün konusunu taraflarca dayanılan vakıalar ve bu vakıaların doğruluğu hakkında sunacakları deliller oluşturmaktadır. Taraflardan aleyhlerine olan hususları açıklamaları beklenemez. Ancak tarafların kendilerine ve karşı tarafa ilişkin hususlarda yaptıkları açıklamalarda mahkemeyi yanıltmamaları gerekmektedir. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması halinde, mahkeme tarafların öne sürdükleri hususları göz önüne almaz ve değerlendirmez²⁹. Ayrıca bilinçli olarak yalan söylenmesi halinde de bu durumun suç teşkil edeceği ve yargılamanın iadesi sebeplerini (HMK m. 375, 1/h) oluşturacağı unutulmamalıdır.

7. Usul Ekonomisi İlkesi

Medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olan usul ekonomisi ilkesi, Anayasanın 141/4 maddesinde ve HMK'nın 30. maddesinde ifade edilmiştir. Yargılamanın amacına hizmet eden bu ilke; yargılamanın kolaylaştırılmasını, yargılamada öngörülen zaman süresinin aşılmasını, gereksiz masraf yapılmamasını amaçlar ve bunu hâkime görev olarak yükler. Bu bağlamda, “basitlik”, “hızlılık” ve “ucuzluk” kavramları, usul ekonomisini oluşturan öğelerdir³⁰. Yargıtay'a göre de usul ekonomisi; adaletin ucuz, çabuk ve isabetli olarak sağlanmasının temel kurallarındandır³¹.

²⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası s. 168.; Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 116.

³⁰Yılmaz, Ejder, Usul Ekonomisi, AÜHFD, 2008, Cilt 57, Sayı 1- Prof. Dr. Necip Bilge'nin Anısına Armağan S. 243-274, s. 1.

³¹Örneğin, “Taraflar arasındaki uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten kural olarak duruşma sırasında ileri sürülmeyen kanıtların temyiz aşamasında nazara alınması mümkün değildir. Ne var

Bu ilke, hâkimin karşılaştığı usulî hususların çözümünde, mevcut uyuşmazlıkların çözülmesi ve sonlandırılması kadar, yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkması ve mahkemelerin iş yükünün artmasının engelleyerek yargılamanın etkinliğinin artırılmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle mahkemenin yargılama yapmış davalarından bazılarını ön sorun olarak incelemesi veya başka bir mahkemede yargılması devam eden davanın sonuçlanmasını bekletici sorun yapması, usul ekonomisi açısından faydalıdır. Bu sayede hem çelişkili kararlar çıkması önlenmiş hem de zaman ve emekten tasarruf edilerek, uyuşmazlıklar basit ve kolay şekilde çözümlenmiş olur. Bu nedenle “Geciken adalet, adalet değildir” özdeyişi haklılık kazanmaktadır³².

Ayrıca teksif ilkesi kanunda düzenlenmemiş olsa da, doktrinde yer bulmaktadır. Bu ilke gereğince taraflar, iddia ve savunmalarını yargılamanın belli bir aşamasına kadar ileri sürmek durumundadır. Kural olarak belirlenmiş olan süre geçtikten sonra yeni vakıya ileri sürülemez. Çünkü her yeni vakıyanın ileri sürülmesi davanın sınırsızca genişlemesine ve yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılmamasına neden olur. Bu kural açıkça kanunda düzenlenmese de “iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi” başlığı altında düzenlenerek Davada ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia ve savunmanın genişletilemeyeceği ve ya değiştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (HMK m. 141, 1). Yargıtay bir kararında³³ teksif ilkesinin uygulanmasının yargılamaların

ki, olayda davacı davanın açılmasından itibaren her aşamasında ısrarla davalı ile aralarında düzenlenmiş yazılı bir sözleşmenin varlığını ileri sürmüş ve bunun T. Bankasında olduğunu bildirmiştir. Davalı taraf ise aradaki anlaşmanın sözlü olduğunu savunmaktadır. Ancak T. Bankasından istenen sözleşme örneği bulunmadığı için gönderilmemiş yalnızca imzasız bir belge mahkemeye verilmiştir. Davacı ise sözleşmenin bankaca gönderilmesinin davalının yakınlarıncı engellendiğini ileri sürerek karar düzeltme aşamasında içeriği itibarıyla imzasız örneğinin hemen aynı olan yazılı sözleşmeyi ibraz etmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu sözleşme duruşma sırasında açıklıkla bildirilmeksizin temyiz aşamasında ibraz edilmiş değildir. Varlığı ve bulunduğu yer dava safahatında ısrarla ifade edilmiştir. Kaldı ki, adaletin ucuz, çabuk ve isabetli olarak sağlanması temel usul kurallarındandır. Bu konuda usul ekonomisinin de gözetilmesinin izahtan varestedir. Bu itibarla davacı tarafından ibraz edilen yazılı sözleşmenin sıhhatinin tahkiki ve gerekli inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi icap eder. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır” (HGK, 10.4.1991, 15-91/202).

³² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, s. 150.

³³ “Türk Medeni Usul Hukukuna yön veren en önemli ilkelerden biri teksif ilkesidir. Teksif ilkesi tarafların bütün iddia ve savunma sebeplerini belli bir usul kesitine kadar mahkemeye sunmalarını öngörmektedir. Bu ilke uyarınca taraflar dava malzemelerini yargılamanın herhangi bir aşamasında değil, ancak kanunca öngörülen süre dâhilinde mahkemeye hasredeceklerdir. Teksif ilkesiyle davaların gereksiz ve kötü niyetli olarak uzamasının önlenmesi ve yargılamanın sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Teksif ilkesi hem tarafları hem de Hâkimleri kanunda belirtilen süreye uymaya zorlayarak yargılamanın hızlanmasını sağladığından usul ekonomisi ilkesinin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir. Teksif ilkesinin yargılamadaki en önemli yansıması iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıdır. 6100 Sayılı HMK’nın 141/1. maddesinde tarafların yargılamada iddia ve savunmalarını ne zamana kadar değiştirebilecekleri düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Bu düzenleme ile kural olarak dilekçeler aşamasında tarafların iddia ve savunmalarını sunmaları istenmektedir. İddia ve

gereksiz ve kötü niyetli uzamasını önlediğini ve usul ekonomisi ilkesinin gerçekleşmesine hizmet ettiğini belirtmiştir.

Dava arkadaşlığı, birden çok kişi hakkındaki davanın bir arada görülmesini sağlamaktadır. Bu sayede, çok sayıda dava konusu olabilecek konu, tek dava ile çözümlenebilecektir. Dava arkadaşlığı sayesinde, bazen onlarca ve yüzlerce dava yerine tek bir dava dilekçesiyle dava açılabilmesi mümkün hale gelebilmektedir. Hâkim tek dosya üzerinden duruşma yaparak, onlarca veya yüzlerce duruşma yerine tek duruşma üzerinden yargılama yapabilmektedir. Bu husus herkese zaman ve emek tasarrufu sağlanmaktadır. Zorunlu dava arkadaşlığı ilişkisinde, dava dilekçesinde gösterilmeyen kişinin (dava arkadaşının) daha sonra davaya dâhil edilmesi, usul ekonomisi ilkesi gereğidir. Bu açıklamalar, davaların birleştirilmesi ve karşılık dava bakımından da geçerlidir³⁴.

Yargılama sırasında ödenen yargılama harç ve giderleri, hak arama özgürlüğü ile doğrudan ilgilidir³⁵. Ancak hâkim gereksiz gider yapılmasına sebebiyet vererek adaleti pahalılaştırmamalıdır. Örneğin, hâkim gereksiz ise keşfe karar vermemeli veya gerekli ise keşfi bir seferde yapmalıdır. Hâkimin keşfi eksik bırakması halinde yeni keşiflere gitmek ihtiyacı hissetmesi, usul ekonomisine aykırıdır^{36,37}.

savunmanın genişletilip değiştirilmesi yasağının ancak ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati ile aşılabileceği yine HMK'nın 144/2.maddesinde belirtilmiştir. Karşı tarafın rızasının olmadığı durumlarda ıslah, yasağın başladığı andan itibaren iddia ve savunmaları değiştirme noktasında taraflar için tek enstrüman olacaktır.” (3. HD, 09.02.2021, 2020/3410 E, 2021/1094 K.)

³⁴Yılmaz, Usul Ekonomisi, s. 11-12.

³⁵Yılmaz, Ejder, Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, Ankara Barosu Dergisi, 1984/2, s. 200-224.

³⁶ “Anayasanın 141. maddesinin son fıkrası, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması hususunun yargının belli baslı görevlerinden olduğunu emretmektedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 77. maddesinde de, aynı hüküm öngörülmüştür. Mahkemece davanın çözümlenmesi için gerekli görülen belgelerin buldukları yerlerden duruşmaya getirilip incelenmesi mümkün iken, kesif kararı verilerek yerinde tetkik edilmesi mahkeme masraflarını artırıcı bir yargılama işlemidir ve giderek az önce değinilen Anayasa ve Usul Yasası maddeleri ile usul ekonomisi ilkelerine aykırı düştüğü açıktır. Öte yandan, kural olarak her mahkemenin yargı yetkisinin belli bir coğrafi bölge ile sınırlı olduğu, buna o mahkemenin (yargı çevresi)denildiği tartışmasızdır. Bundan başka, yargı çevresi sınırının idari teşkilat sınırlarına göre belirlendiği ise söz götürmez. Örneğin; Karadeniz Ereğlisi Asliye Mahkemesinin yargı çevresi bulunduğu ilçenin sınırları içinde kalan bölgedir. Somut olayda, kesif yapılan Armutçuk Beldesinin Karadeniz Ereğlisi ilçesi hudutları içinde kaldığı açıktır. Hal böyle olunca, yargı çevresi dışında yargı yetkisinin kullanıldığı da ortadadır” (21. HD, 28.9.1999, 5963/6202); Ayrıca “Her mahkeme ancak kurulduğu kaza sınırları içinde yargı yetkisine sahiptir. Hâkim yargısal faaliyetini kendi kaza sınırları içinde sürdürebilir. Bunun dışında bu yetkiyi kullanamaz (469 s.K. m.1). Bu husus kamu düzeniyle ilgilidir. Hâkimin öncelikle ve doğrudan uyması gereken kuraldır. Bundandır ki davaya bakan Edirne Mahkemesi hâkimin uyuşmazlığa konu inşaatın bulunduğu yer olan Keşan ilçesi E. Köyüne giderek yaptığı kesif ve bu kesif sonucu alınan bilirkişi raporu geçersizdir. Buna dayanılarak hüküm verilemez (HGK T. 30.11.1966, E. 974, K. 301). Ayrıca, mahkemeler arası yardımlaşma istinabe yolu varken yetki sınırları asılarak gösterilen bu faaliyet, Anayasanın 141/son ve HUMK'nun doğrudan hâkime hitap eden 77.

Ülkemizdeki davaların haddinden fazla uzamasının sebeplerinden biri de hâkimlerin başlangıçta, belki iş yoğunluğu belki mesleki yetersizlik nedeniyle, dava dosyalarına yeterince hazırlanamamalarından kaynaklanmaktadır. Yargıtay ise haklı olarak hâkimin dava şartlarını davanın başında incelememesi ve örneğin üç yıl sonra görevsizlik kararı vermesini usul ekonomisine aykırı bulmaktadır³⁸. *Yılmaz*'a göre, bu durum, hâkimin sorumluluğunu dahi gerektirebilir³⁹.

8. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Kanunda öngörülen istisnalar dışında, HMK'nın 25/1 maddesi gereğince hâkim taraflardan taraftan birinin söylemediği bir şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve bu hususları taraflara hatırlatabilecek eylemler sergileyemez. Dava

Maddesinde öngörülen davanın en az giderle görülmesi ilkesiyle de bağdaşmaz” (15. HD, 22.10.1992, 1992/1496 E. 1992/4892 K.)

³⁷*Yılmaz*, Usul Ekonomisi, s. 22.

³⁸ “*Bu dava nedeni ile tam yeri geldiği için HUMK'nun 77. maddesi hükmünü açıklamakta yarar görülmüştür. Hâkim davayı çabuk ve en az masraf gerektirecek şekilde, diğer bir anlatımla ekonomik bir biçimde görmekle yükümlüdür (HUMK m.77). Bu çabukluk, basitlik ve ucuzluk ilkesi çok önemli olduğundan Anayasamız dahi hükme bağlama ihtiyacını duymuştur (bkz. Anayasa m.141/son). Gerçekte de bir uyumsuzluk bir dava ile mahkeme önüne getirildikten sonra artık kamu yararı alanına girmiş sayılır. Davanın çabuk bir şekilde görülmesinde tarafların olduğu kadar toplumun da yararı vardır. Bu nedenle hâkim davayı mümkün olduğu kadar çabuk, düzenli ve ekonomik bir şekilde sonuçlandırmakla yükümlüdür. Hâkim anılan yasa maddesinin amacını yerine getirmeye çalışırken dava dosyasını tamamen okuyup, dava hakkında tam bilgi sahibi olmadan duruşma günü tayin etmemeye özen göstermelidir. Hâkim davaya iyice hazırlanmalı, tarafların hangi hususlarda çekişme içinde bulduklarını, hangilerinde olmadıklarını tesbit etmelidir. Bundan sonra çekişme olmayan hususlarda araştırmaya gerek olmadığı için araştırma daha çok çekişmeli konulara yöneltilmelidir. Bu cümleden olarak hâkim öncelikle esas hakkında tahkikata girişmeden önce dava şartlarının var olup olmadığını tesbit etmeli, bunlardan birinin bulunmadığının sonucuna, kavuşursa davayı esasa girmeden dinleme olanağı olmadığından reddetmelidir. Bu nedenle, hâkim henüz esasa girişmeden öncelikle davanın basında, görev sorununu ve diğer dava şartlarını doğrudan incelemesi ancak bunların varlığını tesbit ettikten sonra esas hakkında araştırmaya girişmesi gerekir. Esas hakkında araştırma ve inceleme yapıp hüküm verilebilecek bir asamaya gelindiğinde hâkim, mahkemenin görevsiz olduğu gerekçesiyle davayı olayımızda olduğu gibi reddederse, o zamana kadar bos yere uğraşılmış olur. Bu nedenle hâkimin daha esasa girmeden önce görev sorununu doğrudan incelemesi yasal görevidir. Dava; 9.11.1989 tarihinde açılmış, isin esasına girilerek deliller toplanmış, 3yıl, 2 ay, 18 gün geçtikten sonra 27.1.1993 tarihinde görevsizlik kararı verilmiştir. Bu durum, az yukarıda açıklanan yasal kurallara aykırı olduğu gibi kamu vicdanını ve adalet duygularını da rencide ettiğinden kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Davanın çözümü sırasında hâkimin başlangıçta gözönünde tutması gerekli yasal kurallar anlatılarak mahkeme kararı eleştirildikten sonra şimdi temyiz incelemesinin esasına girilmesine sıra gelmiştir. Davacı, davalının miras bırakanına 40 yıldan fazla bir zamandır şefkat ve ihtimamla bakıp gözettiğini, her türlü ihtiyaçlarını giderdiğini, emek ve masraflarına karşılık miras bırakanın bir kaç tarla vereceğine dair vaadde bulunduğunu, ölümünden sonra miras bırakana ait ve kendisi tarafından kullanılmakta olan taşınmazlardan çıkarılması amacıyla davalının elatmanın önlenmesi davası açtığını açıklayarak davasını bu maddi olgulara dayandırmıştır. Bir davada ileri sürülen maddi olguları değerlendirmek, uygulanacak yasa maddelerini bulmak ve uygulamak hâkimin doğrudan görevidir (HUMK m.76)...Az yukarıda açıklanan hukuk kuralları gözetilmeden, hukuki tanım ve yorumda yanılıya düşülerek davanın is mahkemesinde görülmesi gerekeceğinden bahisle yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir. Mahkemece yapılacak is, tarafların delil ve karşı, delilleri toplanmalı, hasil olacak uygun sonuç çerçevesinde isin esası hakkında karar vermektir ibarettir” (13. HD, 29.4.1993, 1993/3606 E., 1993/3635 K.)*

³⁹*Yılmaz*, Usul Ekonomisi, s. 25.

malzemelerinin toplanması ve bu malzemelerin ileri sürülmesi hususlarında hâkim pasif konumdadır⁴⁰. Taraflarca getirilen ve ileri sürülen dava malzemeleri bazen eksik, çelişkili veya belirsiz olabilmektedir. Bu da davanın aydınlatılmasını zorlaştırabilir. Hatta hâkimin doğru bir karar vermesini engelleyebilir. İşte bu nedenle hâkimin taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği ve delil göstermelerini isteyebileceği düzenlenmiştir (HMK m. 31)⁴¹.

Vakıalar, talep sonucu, hukuki sebepler ve deliller davayı aydınlatma ödevinin kapsamında bulunmaktadır⁴². Öyle ki, bu durum hâkim için bir yükümlülük olup, mutlak suretle yerine getirilmelidir. Hâkim, davayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eden bir duruma sebep olacaktır. Bu sebeple, hâkim davayı aydınlatmadan çelişkileri gidermeden yargılamayı sonuçlandıramaz. Hâkimin bu ödevi yerine getirmeden davayı sonuçlandırması ise davanın bir üst derece kanun yoluna götürülerek verilen kararın kaldırılmasına veya bozulmasına neden olacaktır. Ayrıca kararın doğru şekilde icra edilebilmesi için de davanın aydınlatılması son derece önemlidir⁴³.

Bazen hâkim, davayı aydınlatma ödevinin kapsamını aşabilir. Bu şekilde sınır aşımalarında ise bazı hususlar gündeme gelir. Bunlar, hâkimin reddi, hâkimin hukuki sorumluluğu ve hükmün bozulmasıdır. Hâkim, tarafların menfaatlerini eşit şekilde gözetmek durumdadır. Hâkim, taraflarca ileri sürülen iddialar ve getirilen deliller kapsamında davanın taraflarına eşit davranarak ve tarafsız kalarak yargılama görevini yerine getirmek zorundadır⁴⁴. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırlarını aşarak, davalıya zamanaşımı def'inde bulunması için yol göstermesi hâkimin tarafsızlığını ihlâl eder. Bu durumda karşı taraf, HMK'nın 36/1(a) maddesinde kabul edilen hâkimin

⁴⁰**Simil, Cemil**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1351-1376 (Basım Yılı: 2015), s. 1351; **Üstündağ, Saim**, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000. s. 238; **Tercan, Ercan**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, MİHDER, C. 7, S. 18, İstanbul 2011, s. 10.

⁴¹**Simil**, s. 1352.

⁴²**Karaaslan, Varol**, Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013. s. 103 vd.; **Meriç, Nedim**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, C. 11, Özel S. 2009, İzmir 2010, s. 390 vd.; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 165.

⁴³"Hâkimin de davayı aydınlatma yükümlülüğü (HMK m. 31) bulunduğu göz önüne alınarak, davacı asilin çalışma süresi boyunca ücretli izin kullanıp kullanmadığı, kullanmış ise kaç gün yıllık ücretli izin kullandığı konusunda beyanı alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." (9. HD, 28.01.2021, 2019/4850 E., 2021/2666 K.)

⁴⁴**Meriç**, Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 410-411.

tarafardan birine ögüt vermesi veya yol göstermesi sebebi ile hâkimin reddini talep edebilecektir⁴⁵. Bazı hallerde hâkimin aydınlatma ödevinin sınırını aşması hükmün bozulmasına neden olmaktadır. Özellikle tarafların getirmediği veya ileri sürmediği bir vakıanın veya delilin incelenmesi durumları hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırını aştığı anlamına gelmektedir. Örneğin, hâkimin tarafların göstermediği ve dava dosyasında da adı geçmeyen bir kişiyi tanık olarak kendiliğinden dinlemesi ve buna dayanarak hüküm vermesi kararın bozulması sebebidir⁴⁶.

9. Yargılamanın Sevk ve İdaresi

Dava açıldıktan sonra davanın yürütülmesi, HMK'nın 32/1 maddesi gereğince o davaya bakan hâkimin görevidir ve hâkim yargılamanın düzeninin korunması için her türlü tedbiri alır. Sevk yetkisinde maddi ve şekli olarak iki ayırım söz olmaktadır. Yargılamanın maddi anlamda sevki, vakıaların aydınlatılmasını kapsarken, yargılamanın şekli anlamda sevki ise duruşma günü belirlenmesi, taraflara veya tanıklara tebligat yapılmasıdır⁴⁷.

10. Hukukun Uygulanması

Kanunlar soyut ve genel kural koyar anlamda hazırlanmıştır. Ancak kanunların somut uyuşmazlıklara uygulanması gerekmektedir. Kanunların somut uyumazlıklara uygulanması için üç temel yöntem bulunmaktadır. Bunlar yöntemler, kanunların yer, zaman ve anlam yönünden uygulanmasıdır.

Kural olarak, kanunlar yapıldıkları ülke sınırları içerisinde uygulanır. Hukuk kurallarının yer yönünden uygulanmasında kanunların mülkiliği ve şahsiliği ilkeleri uygulanır. Kanunların mülkilik ilkesine göre, hukuk kuralları ülke içinde yerli ve yabancı herkese uygulanmalıdır. Kanunların şahsiliği ilkesine göre ise, ülke vatandaşına vatandaş her nerede olursa olsun kanunlar uygulanır. Örneğin, miras, aile, kişilik hukukuna ilişkin alanlarda daha çok şahsilik ilkesi uygulanır. Bir uyuşmazlık veya hukuki ilişkiye meydana geldiği yer hukuku kuralları uygulanırken; usul hukukunda ise davanın açıldığı yerdeki usul hukuku kuralları uygulanmaktadır. Bu ilke yabancı unsur bulunan hukuki ilişkilerde önem kazanmaktadır. Örneğin, Türkiye'de ikamet eden iki Alman vatandaşının boşanma

⁴⁵Simil, s. 1371.

⁴⁶Simil, s. 1371- 1372.

⁴⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 164.

davasında, hâkim, HMK hükümlerini uygular ve Alman Medeni Kanununa göre karar verir⁴⁸.

Zaman yönünden uygulamada ise; kanunlar yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ve yürürlükte buldukları dönem boyunca uygulanırlar. Kural olarak kanun yürürlüğe girdi ise uygulanmaya da başlanır. Bazen kanunların yürürlüğe girmesi ile uygulamaya konulma süreçleri farklı zaman diliminde olabilir. Ancak olağanüstü yönetim durumlarında bazı kanunlar yürürlükte oldukları halde, her zaman uygulanmazlar. Bu tür kanunlar (Sıkıyönetim Kanunu) sadece olağanüstü hal ilanı gibi yönetim durumları bulunduğu anda uygulanırlar. Medeni yargılamada usul kurallarının zaman bakımından derhal uygulanır. HMK'nın 448. maddesinde “Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır.” denilerek bu konu hüküm altına alınmıştır⁴⁹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından usul kurallarının zaman bakımından uygulanmasında usul işleminin tamamlanıp tamamlanmasının uygulamaya etkisi açıklanmış ve tamamlanmış usul işlemlerinin yeni yürürlüğe giren usul hükümlerinden etkilenmeyeceği kararı⁵⁰ verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde “*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir*” denilmiştir. Bu nedenle hukuku uygulayacak olan hâkimlerin, kanunu özüyle ve sözüyle yorumlayarak somut olaya uygulaması gerekmektedir. Ancak hukuk kuralları soyut nitelikte olduğu için, kanun koyucunun ileride doğacak tüm uyuşmazlıkları tahmin ederek ve bu tüm uyuşmazlıkları düzenleyecek kurallar koymasına mümkün değildir. Bu nedenle hâkimin hukuk yaratma yetkisi bulunmaktadır. Ancak hâkimin hukuk yaratma yetkisi özel hukuk alanında ne denli geniş ise, kamu hukuku alanında bu yetki bir o kadar sınırlandırılmıştır.

Kanun koyucu tarafından hâkime verilen başka bir yetki de takdir yetkisidir. Hâkimin takdir yetkisi ile hukuk yaratma yetkisi farklıdır. Hâkim takdir yetkisini kullanırken uyuşmazlığa uygulayacağı bir kural bulunurken; kanunlarda, örf ve adet hukukunda uyuşmazlığa uygulanacak bir kural bulunmadığı durumlarda hâkimin hukuk

⁴⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 61.

⁴⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 63, 64.

⁵⁰ YHGK, 09.05.2018, 2018/502 E., 2018/1049 K.

yaratma yetkisi devreye girmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun "Hâkimin takdir yetkisi" başlıklı 4. maddesi açıkça hâkimin takdir yetkisini kullanması gerektiğini belirtmektedir. Diğer kanunlarda da hâkime takdir yetkisi verildiği görülmektedir⁵¹.

III. MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT VE DELİLLER

A. İspat

İspat kelimesi, Türkçe Sözlükte "*Tanıt ve kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama, tanıtılma, tanıt*" olarak tanımlanmıştır⁵². Hukuki bir terim olarak; uyuşmazlığa konu olayı kimin tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin hukuk düzeninde kabul edilen yöntemler ile tespitine ispat denilmektedir⁵³. Genel olarak ispat; uyuşmazlığa konu vakıaların doğruluğu konusunda, hâkimde kanaat oluşturmak amacıyla karine, delil ve hukuki dayanak sunma olarak tanımlanabilir⁵⁴.

Taraflar ancak hakkını talep ettiği vakıaların doğruluğunu ortaya koyarak davasının kabul edilmesini veya doğru olmadığını ortaya koyarak davanın reddedilmesini sağlayabilir. Medeni yargılama hukukunda, davacı ne kadar haklı olursa olsun, vakıasını dayandırdığı olguları ispat ettiği kadar hakkını elde edebilir. Özetle, medeni yargılama hukukunda ceza muhakemesinin aksine ispat külfeti usulü benimsenmiştir. *Özen*'e göre, ceza muhakemesi hukukunda sanığa susma hakkının verilmiş olması sanığın ispat külfeti olmadığını en güzel örneğidir⁵⁵.

1. Asıl İspat, Karşı İspat, Aksini İspat

İspat külfeti bulunan ve iddiasının doğru olduğunu iddia eden tarafça yapılan ispata asıl ispat denilmektedir⁵⁶. Asıl ispatın amacı, iddia edilen vakıaların gerçekleştiği veya gerçekleşmediği yönünde hâkimde kanaat uyandırmaktır.

⁵¹ Yorum yöntemleri, Hâkimin hukuk yaratması ve takdir yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sözer, Ali Nazım**, Hukukta Yöntem Bilim, İstanbul 2017, s. 27 vd.

⁵² **TDK**, Genel Türkçe Sözlük, <http://tdk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.02.2020

⁵³ **Özen, Mustafa**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019, s. 553.

⁵⁴ **Çelik, Ferhat**, Boşanma Davalarında İspat ve Deliller, Ankara 2019, s. 28-29.; **Kaçak, Nazif**, Hukuk Davalarında İspat Rehberi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2006, s. 33; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, s. 386.

⁵⁵ **Özen**, s. 553

⁵⁶ **Albayrak, Hakan**, Yaklaşık İspat, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2012, s. 6; **Alangoza, Yavuz**, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2003, s.

Karşı ispat ise asıl ispatın yapılmasından sonra hâkimde oluşan kanaati sarsmak ve karşı tarafça ortaya konulan vakıaların doğru olmadığına dair hâkimde kanaat uyandırarak, karşı tarafın iddialarını çürütmek amacı taşımaktadır⁵⁷. Karşı ispat ile ispat külfeti bulunan karşı tarafça hâkim üzerinde oluşturulmaya çalışılan kanaatin sarsılması sağlanmaktadır⁵⁸.

Aksini ispat, asıl ispat ve karşı ispat faaliyetlerinden farklı ve bağımsız bir ispat faaliyetidir⁵⁹. Kural olarak, Aksini ispat, kanuni karinelerin çürütülmesine yöneliktir (HMK m. 190/2). Bu nedenle asıl ispat ve karşı ispatta hâkimde henüz bir kanaat oluşmamışken hâkimin kanaatini kendi lehine oluşturma çabası bulunurken aksini ispatta hâkimde oluşan kanaati veya karine olarak kabul edilen vakıanın doğru olmadığı veya vakıaların aksinin gerçekleşmiş olduğunun ispat çalışması bulunmaktadır⁶⁰.

2. Tam İspat- Yaklaşık İspat

Uyuşmazlığın kesin olarak çözümlenmesinde, vakıanın gerçek olduğu hususunda hâkimin tam bir kanaate ulaşması şarttır. Koşul normunun uygulanabilmesi için vakıaların gerçekleştiği yönündeki hâkimin kanaatine tam ispat denilmektedir. Kanun koyucu gerçeğe ulaşma yolunda hâkimi hem sınırlamış hem de gerçeğe ulaşması için çeşitli ilkeler koymuştur. Bu nedenle tam kanaatin sınırlarının belirlenmesi oldukça zordur. Kanun koyucu koyduğu bu sınırlamalar ve ilkelerle, hâkimin, delilleri değerlendirirken hangi anda kanaate ulaşmış olması gerektiğine ilişkin ölçütler belirleyerek, tarafların, dava sonucunu öngörebilmesine, tarafların hukuki güvenliğinin sağlanabilmesine yardımcı olur ve verilen kararın denetlenebilmesini de sağlayacak veriler verilmesini sağlar⁶¹. Hâkimde tam kanaatin oluşması sonucunda verilen hüküm, maddi anlamda kesin hüküm teşkil edecektir. Kesin hüküm ise taraflar arasındaki çekişmeyi sona erdirecektir. Bu nedenle usul hukukunun izin verdiği tüm delillerin hâkim tarafından incelenmiş olması kanaatin oluşumunda oldukça önemlidir.

321; Alangoya, Yavuz H./Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 294.

⁵⁷Albayrak, s. 6; Alangoya-Usul, s. 321; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım-Usul 2009, s. 294.

⁵⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 395.

⁵⁹Albayrak, s. 7; Atalay, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 7

⁶⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 391; Taşpınar, s. 551.

⁶¹Albayrak, s. 7.; Yıldırım, Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 44.

Niteliği itibarıyla dava olmayan, mahkemeden bir kısım usuli taleplerin kabul edilmesinde incelenmesi gereken maddi şartların ispatında yaklaşık ispat kullanılmaktadır. Usuli işlemler kategorisinde bulunan ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen delil tespiti veya ihtiyati tedbir talebi gibi dava konusu olmayan ve yalnızca davanın ilerlemesini sağlayan taleplerin kabulü için verilen ara kararlarda yaklaşık ispat faaliyeti kullanılır⁶². Yaklaşık kanaatin amacı o usuli talebin kabul veya reddedilerek uyuşmazlığın sonuçlandırılmasının uzamasının önlenmesidir. Bu nedenle tüm deliller incelenmeyebilir. Yaklaşık ispatın konusu usuli taleplerdeki maddi vakıaların ispatıdır. Bu yüzden bu tür usuli işlemlerde taraflar arasındaki çekişmeyi tamamen çözecek bir karar verilmez. Usuli işlemlerin yerine getirilmesi aşamasında uyuşmazlık tamamen çözümediği için yaklaşık ispatla verilen bir karar karşı tarafın haklarının ihlal edilmesine veya hukuk devleti ilkesinin zarar görmesine yol açmamaktadır⁶³.

3. İspat Kolaylıkları

İddia edilen vakıanın ispat edilememesi nedeniyle davanın kaybedilmesi, medeni yargılama hukukunun amaçlarından biri olan adil karar verme amacına zarar verecektir. Bu yüzden ispat kolaylıkları yoluyla ispat zorluklarının aşılması amaçlanmaktadır. Bazı hallerde maddi hukukun koşul vakıasının ispatı çok zor olmaktadır. Koşul vakıayı ispatlayacak taraf, ispatlayamadığı için davayı kaybetme ihtimali ile karşı karşıya kalmaktadır. Boşanma davalarında kusurun varlığı veya tıp hukuku alanında hekimlerin sorumluluğu gibi hallerin ispatında sorunlar yaşandığı bilinmektedir. Özellikle Alman yargı kararları ile tıp ve tazminat hukuku alanında kusur ile ilgili bazı ispat güçlüklerini veya imkânsızlıklarını aşmak amacıyla ispat kolaylıkları geliştirilmiştir⁶⁴.

Kanun koyucu ispat zorluklarını göz önünde bulundurarak, ispatın ölçüsü ve ispat yükü hususunda düzenlemelerde bulunmuştur. İlk görünüş ispatı, fiili karineler, tecrübe kuralları ve delillerin engellenmesi nedeniyle ispat yükünün yer değiştirmesi bu düzenlemelerden bazıları olarak sayılabilir.

⁶²Albayrak, s. 8-9.

⁶³Albayrak, s. 10-11

⁶⁴Albayrak, s. 11.

a. İlk Görünüş İspatı

Alman mahkeme uygulamalarında “İlk görünüş ispatı” kavram olarak ilk kez Alman İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgerichts) 1888 tarihli kararında geçmiştir. Söz konusu karar, gemi kazalarında gemi kaptanının sorumluluğuna yöneliktir⁶⁵. İlk görünüş ispatı, belirli süreç sonucunda ortaya çıkan yaşam deneyimlerine göre, olayın oluş şeklinin öyle gerçekleştiğinin kabul edileceği veya inanılacağı düşüncesine dayanır ve genellikle kusur ve illiyet bağının ispatında ilk görünüş ispatı uygulama alanı bulur⁶⁶. Örneğin, trafik kazalarında arkadan çarpan sürücünün veya kazaya karışan aracın şoförünün alkollü olması ilk görünüşte kusurunun bulunduğu ispatı gibi hallerde ilk görünüş ispatı kullanılabileceği düşünülmektedir⁶⁷. Bu ispat ile oluşan hâkimin kanaati, karşı ispat faaliyeti ile zedelenmez ise; karar, hâkimin edindiği kanaate göre verilebilecektir.

b. Fiili Karineler

Varlığı bilinen bir olaydan yola çıkarak başka bir olayın varlığı veya yokluğu sonucuna varılmasına imkân sağlayan kurallara karine denilmektedir⁶⁸. Karine, olayları sadeleştirici özelliğe sahip teknik bir kavramdır. Karineler, kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanun tarafından belli bir olaydan belli olmayan bir olay için çıkarılan sonuçlara kanuni karineler denilmektedir⁶⁹. Uyuşmazlığın çözümü fiilen kanuni karineler yoluyla yapılamasa da kanuni karineler maddi hukuk kurallarından sayılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu, hâkime uyuşmazlığı nasıl çözeceğine dair göndermede bulunmaktadır. Örneğin, bir kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılacak bir olay neticesinde kaybolmuş ve cesedi bulunamıyor ise ölüm karinesi uygulanmaktadır. Bu kanuni karineye hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Kişi ölmüş gibi işlem görür ve malvarlığı mirasçılara paylaşılır, kişi evli ise evlilik birliği sona erer⁷⁰.

⁶⁵ Albayrak, s. 14.

⁶⁶ Albayrak, s. 14-15.

⁶⁷ Taşpınar, Sema, Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, Sayı 1, 1996, s. 542.

⁶⁸ Albayrak, s. 23; Alangoza/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Usul 2009, s.314; Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 434; Taşpınar, s. 534.

⁶⁹ Albayrak, s. 23. Bilge, Necip/Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 505-507; Taşpınar, s. 534.

⁷⁰ Albayrak, s. 24.

Fiili karineler ise, kanuni karineler gibi yasalarla düzenlenmemiştir. Fiili karinelerde bilinen olaylar, kanuni şekilde değil hâkim tarafından çıkarılan sonuçlardır⁷¹. Fiili karineler yargı kararları ile geliştirilmiş ve yaşam tecrübe kurallarından ibaret ispat kolaylaştırıcıdır. Örneğin, alacaklının borçluya senedi geri vermesi borcun ödendiğine dair karine sayılır.⁷²

c. Emare İspatı

Emare ispatı, iddia edilen olayı doğrudan gösteren veya olayın oluşu hakkında doğrudan kanaat edinilebilecek delillerle değil, emare teşkil eden diğer bağlantılı olayların varlığına dayanarak delillerin değerlendirilmesiyle sonuca gidilmesi yoludur. Emare ispatında mantık kuralları ve yaşam tecrübeleri önemli rol oynar. Komşu vakıalar ile asıl ispat edilmesi gereken vakıalar arasında mantıki bir ilişki bulunmalıdır⁷³.

ç. Tecrübe Kuralları

Genel hayat tecrübelerine, özel bir meslek veya konuya, olaya ait bilgiler tecrübe kurallarının içeriğini oluşturmaktadır. Tecrübe kuralları, genel hayat tecrübeleri, eğitim yoluyla veya zanaat, sanat, bilim, meslek, ticari alandaki bilgi ve uzmanlıklar yolu ile edinilebilirler. Gerçekleşen olayın şartları daha önce meydana gelmiş benzer olaylarda gerçekleşmiş olduğundan; bu olayda da yine aynı şekilde gerçekleşebilir nitelikte olduğu kanaatine varılarak, gözlemlere dayalı çıkarımlar oluşturulmuştur. Tecrübe kuralları soyut istatistiklere dayalı ve kesinliği bulunmayan kurallardır⁷⁴. Bütün ispat kolaylıklarının temel unsuru tecrübe kurallarıdır⁷⁵.

d. Delillerin Engellenmesi Nedeniyle İspat Yükünün Yer Değiştirmesi

Delillerin engellenmesinden anlaşılması gereken şey, manipülasyonlar veya hileli yönlendirmeler yoluyla ispat araçlarının yanlış yönlendirilmesi veya davada kullanılmasının önüne geçilmesi yoluyla o ispat aracının delil niteliğini güçleştirmek veya engellemektir⁷⁶.

⁷¹ Taşpınar, s. 536.

⁷² Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 393.

⁷³ Albayrak, s. 22; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 458; Taşpınar, s. 540, 541.

⁷⁴ Taşpınar, 539.

⁷⁵ Albayrak, s. 25-26.

⁷⁶ Albayrak, s. 27.

Delillerin karartılması hususunda “bez parçası” davası örnektir. Olay, ameliyat sırasında hekim tarafından hastanın vücudunun içerisinde unutulmuş bir bez parçasının hastadan alınmasından sonra bu bez parçasının saklanmamasıdır. Bu nedenle, tazminat davasında kusurun varlığının ve tazminat miktarının belirlenebilmesinde işe yarayacak olan bez parçasının niteliği ve ebatları tespit edilememiştir. Alman Federal Mahkemesi, bez parçasının saklanmaması hususunun kusurun mevcut olduğu yönünde kanaat oluşturarak, hekimin ilk operasyonda gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediği hakkında karar vermiştir⁷⁷. Bu örnekte olduğu gibi delillerin karartılmasının sonucu, ispat yükünün yer değiştirmesidir⁷⁸.

B. Delil

Delil kelimesi Arapça kökenlidir. “*Kılavuz, doğru yolu gösteren, meçhulü keşfetmekte ve malumun sıhhatini ispat etmekte vasıta ve alet ittihaz olunan husus*” anlamlarına gelmektedir⁷⁹. Türkçe sözlükte ise; “*İnsanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, emare*” olarak tanımlanmıştır⁸⁰. Hukuki bir terim olarak delil; hâkimin iddia konusu olay hakkında bilgi sahibi olmak ve sonuca ulaşabilmek amacıyla kullandığı ispat aracıdır⁸¹.

Delil türlerinin tespiti amacıyla katı ve serbest delil sistemleri kabul edilmiştir. Katı delil sisteminin uygulandığı hukuk sistemine Alman hukuku sistemi örnek olarak verilebilir. Alman hukukunda beş tür delil (senet, bilirkişi, keşif, isticvap ve tanık) haricinde ispat aracı mevcut değildir. Türk hukukunda ise, kural olarak, serbest delil sistemi geçerlidir. Söz konusu sistemin kabul edilmiş olduğu “Kanunda düzenlenmemiş deliller” başlıklı HMK’nın 192. maddesinden anlaşılmaktadır. HMK’nın 192. maddesinde “*Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir*” denilmiştir. HMK’nın 189. maddesinde ise “*(1) Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. (2) Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz. (3) Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği*

⁷⁷Albayrak, s. 28; BGH, VersR 1975, 952 (954).

⁷⁸Albayrak, s. 28.

⁷⁹Yeğin, Abdullah, İslami-İlmi-Edebi-Felsefi Yeni Lügat, İstanbul 2005, s. 100; Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1970, s. 205.

⁸⁰TDK, Genel Türkçe Sözlük, <http://tdk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19.02.2020

⁸¹Tezcan, Durmuş, AİHM Kararları Işığında Adil Yargılama Hakkı Bakımından Delillerin Değerlendirilmesi (Delillerin Değeri), Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmez Armağanı, C. II Atatürk Araştırma Merkezi ve Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, Ankara 2008, s. 1221.

hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. (4) Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir” denilmiştir. HMK’nın 192. ve 189. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; medeni yargılama hukukunda serbest delil sistemi kabul edilmiş olduğu ancak bunun istisnalarının da olabileceği ve ayrıca hukuka uygun olarak elde edilen delil kavramının da bir zemine oturtulduğu anlaşılmaktadır.

Delillerin değerlendirilmesi hususunda başka bir sınıflandırma daha mevcuttur. Bunlar, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve kanuni delil sistemidir. HMK’nın “*Delillerin değerlendirilmesi*” başlıklı 198. maddesi gereğince, “*Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir.*”. Kanuni istisnalar ise, kesin delillerdir. HMK kapsamında ve şartların varlığı mevcut olması halinde, senet, ikrar, yemin ve kesin hüküm kesin delildir. Buradan anlaşılan Türk hukukunda karma bir sistem benimsenmiş olduğudur⁸².

Ceza muhakemesi hukukunda vicdani delil sistemi geçerlidir. Bu nedenle medeni yargılama hukukundan farklı olarak, bütün ispat araçları delil olarak nitelendirilebilir⁸³. Yani, bir şeyin delil vasfını kazanabilmesi için, vakıanın ispatı konusunda hâkimde vicdani kanaat oluşturması yeterlidir⁸⁴. Delil serbestliği ilkesinin geçerli olduğu ceza muhakemesi hukukunda bir ceza uyuşmazlığı hukuka uygun yöntemlerle elde edilen her türlü delil ile ispatlanabilmekte ve deliller arasında olayı ispat bakımından derecelendirme bulunmamaktadır⁸⁵.

1. Delillerin Özellikleri

Her ne kadar Türk Hukuk sisteminde karma sistem benimsenmiş olsa da, delillerin bazı özelliklere sahip olması gerekmektedir. Bunlar,

Delil, beş duyu organıyla algılanabilecek nitelikte olmalıdır.

Delil, yargılama konusu yapılan vakıanın bir parçasını veya tümünü ispat edebilecek şekilde olmalıdır. Yani ispat konusu olayla ispat aracı arasında bir bağ olmalıdır.

⁸²**Kale, Serdar/Keser, Salih**, Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, s. 720 vd.

⁸³**Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II, 4. Baskı, Ankara 2015, s. 21.

⁸⁴**Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2002, s. 54; **Birtek, Fatih**, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 18.

⁸⁵**Özen**, s. 555.

Delil, elde edilebilir olmalıdır.

Delil, sağlam ve güvenilir olmalıdır.

Delil, müşterek olmalıdır ve müşterekliği sağlanmalıdır.

Delil, akılcı, bilim tarafından kabul edilebilir, akla ve mantığa uygun olmalıdır.

Delil, hukuka uygun yollarla elde edilmiş olmalıdır. Delil, elde ediliş şekli, muhafaza ve değerlendirme bakımından hukuka uygun olmalıdır. Delilin hukuka aykırı bir hali varsa, yargılama konusu olayı ispatlayan tek delil olsa dahi bunun bir önemi yoktur.

Yukarıda belirtilen özelliklerin birinin eksik olması halinde elde edilen nesne veya beyan, delil niteliğini kazanamaz⁸⁶.

2. Delil Çeşitleri

Kesin ve takdiri delil olmak üzere deliller ikiye ayrılır. Kesin deliller; ikrar, kesin hüküm, senet ve yemindir. Hâkim, bu deliller ile ispat olunan vakıanın doğru olduğunu kabul etmek zorundadır. Bu nedenle kesin delillerin hâkimi bağlayıcı niteliği bulunmaktadır ve kanun koyucu bu konuda hâkime takdir yetkisi tanımamıştır. Takdiri delilleri ise hâkim serbestçe değerlendirebilir. Takdiri deliller ise; tanık, bilirkişi, keşif, uzman görüşü ve kanunda düzenlenmemiş diğer delillerdir.

a. Kesin Deliller

Yukarıda da bahsedildiği üzere kesin delille ispat edilen vakıa doğru olarak kabul görülür ve kanun koyucu tarafından hâkime kesin delilleri takdir etme yetkisi verilmemiştir. Medeni yargılama hukukunda kural olarak belli parasal sınırdan yukarıdaki hukuki işlemler ve senede karşı olan iddialar sadece kesin delillerle ispatlanabilir (HMK m. 200).

a.1. İkrar

İkrar, davacı veya davalının ileri sürdüğü vakıanın davalı veya davacı tarafından doğru olduğunu bildirmesidir. İkrar, vakıanın doğru olduğunu bildiren tarafın açık irade

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Birtek**, s. 43- 70; **Dülger, Murat Volkan**, Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Ankara 2014, s. 46-56.

beyanı ile gerçekleşir⁸⁷. İkrar münferit vakıalar hakkında olmak zorundadır. İkrarın konusu, tarafların iddia ve savunmalarını dayandırdıkları maddi vakıalardır. İkrar, talep sonucunu kabul etmek anlamına gelmemektedir sadece karşı tarafça ileri sürülen vakıanın doğru olduğunu bildirmektir. İkrar eden kural olarak ikrarı ile bağlıdır ve ikrarından dönemez. Ancak, HMK'nın 188/2 maddesi gereğince “*İkrar eden taraf, ikrarının maddi hatadan kaynaklandığını ispat ederek ikrarından dönebilir*” denilerek ikrardan dönme hüküm altına alınmıştır.

Mahkeme içi ve mahkeme dışı olarak ikrar yapıldığı yere göre ikiye ayrılmaktadır. Mahkemeye karşı yapılan ikrara mahkeme içi ikrar denilmektedir. Mahkemeye karşı yapılan ikrarda, ikrarı yapan tarafın açık beyanı aranır ve karşı tarafın ikrarı kabul etmesi gerekmez. Mahkeme içi ikrar karşı tarafın yokluğunda yapılabilir. Mahkeme içi ikrar mahkemeyi bağlayıcı niteliktedir. Söz konusu ikrar, mahkeme önünde sözlü şekilde yapılabilir. Taraflar yazılı olarak da ikrarda bulunabilirler. Bir davada yapılan ikrar başka bir davada geçerliliğini korur ve kesin hüküm teşkil eder. Yetkisiz ve görevsiz mahkeme huzurunda yapılan ikrar da geçerliliğini korur. Ancak sulh görüşmelerinde yapılan ikrar, dava aşamasında tarafları ve hâkimi bağlamaz. Mahkeme dışı ikrar ise, kesin delil niteliğinde değildir ve hâkimi bağlamaz. Örneğin, karşı tarafa gönderilen e-posta yolu ile veya tanıklar huzurunda iddia edilen vakıayı ikrar edebilir. Mahkeme dışı ikrar takdiri delil olduğu için, belge ile ispat edildiği takdirde kesin delil hükmünü kazanır⁸⁸.

İkrar çeşitleri üçe ayrılmaktadır. Bunlar, basit, vasıflı ve bileşik ikrardır. Basit ikrar, karşı tarafın iddia ettiği vakıanın kayıtsız ve şartsız doğru olduğunun bildirilmesidir. Basit ikrar bölünemez. Örneğin, karşı taraf onbin lira ödünç verdiğini iddia ediyor ve diğer tarafta evet onbin lira ödünç aldım diye ikrar ediyorsa bu basit ikrardır. Vakıa kesin delille ispat edilmiş sayılır. Vasıflı ikrarda karşı tarafın iddia ettiği vakıanın doğru olduğu bildirilir ancak vakıanın hukuki niteliğinin iddia edilenden başka olduğu da bildirilir. Örneğin, yukarıdaki örnekte olduğu gibi onbin liranın ödünç değil bağışlama niteliğinde alındığı ikrar olunur. Burada ileri sürülen vakıa ikrar edilmekte ancak hukuki nitelik inkâr edilmektedir. Vasıflı ikrara gerekçeli inkâr da denilmektedir. Hukukumuzda, vasıflı inkârın bölünemeyeceği ve ikrar eden aleyhine delil teşkil etmeyeceği benimsenmiştir. Bileşik ikrarda, karşı tarafın iddia ettiği vakıayı ikrar etmekle birlikte, ortaya çıkan hukuki sonucu

⁸⁷Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 402.

⁸⁸Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 403.

ortadan kaldıran ve ikrar edilen vakıanın doğumu ile alakasız bir vakıayı ekler. Örneğin, onbin lira aldım ancak kendisine geri ödedim (bağlantılı bileşik ikrar) veya onbin lirayı ödünç aldım ancak ben de onbin lira olan alacağımı davacı ile takas ettim (bağlantısız bileşik ikrar) diyebilir⁸⁹.

a.2. Kesin Hüküm

Kişiler arasındaki uyuşmazlığın sonsuz şekilde çözümlenmeye çalışılması bir şekilde sürekli aynı davanın görülerek adli makamların meşgul edilmemesi ve uyuşmazlıkların kişiler arasında sonsuza kadar sürmemesi ile toplumsal barış amaçlanmıştır. Bu nedenle taraflar arasındaki uyuşmazlıklar kesin bir biçimde çözümlenmektedir⁹⁰.

Davayı sona erdiren şekli anlamda kesin hükümdür. Yani, taraflar arasındaki uyuşmazlığın son bulmasını değil, görülen davanın sona ermesini amaçlamaktadır⁹¹. Şekli anlamda kesinleşen kararlara karşı olağan kanun yollarına gidilemez. Maddi anlamda kesinliğin şartı ilk önce şekli kesinliktir⁹². Bir hükmün icraya konulabilmesi için kesinlik şartı aranmasa da, bazı istisnai hallerde icra olunacak hükmün şekli anlamda kesinleşmesi gerekmektedir. Bu nedenle yalnızca eski hale getirme talebi kabul edildiği takdirde karar kesinleşmemiş gibi kanun yolu incelemesi yapılabilmektedir.

HMK'nın 303. maddesinde “(1) Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir” denilerek maddi anlamda kesin hükmün, tüm mahkemeleri bağlayıcı nitelikte olduğu ve mahkemelerin aynı davayı bir daha inceleyemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁹³. Maddi anlamda kesin hüküm, verilen kararlara karşı güven duyulmasını ve uyulmasını sağlar. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın sonsuza dek sürmesini önleyeceği gibi çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçerek hukuki istikrarı ve kamunun devlete güvenini sağlar⁹⁴.

⁸⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 404-407.

⁹⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 481; Arslan, Ramazan, Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, Ankara Barosu Dergisi, 1988/5-6, s. 723

⁹¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 483.

⁹² Arslan, Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, s. 724

⁹³ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 482.

⁹⁴ Arslan, Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, s. 724-725.

a.3. Senet ve Belge

Bir kişi tarafından meydana getirilen ve kendi aleyhine delil niteliğinde bulunan yazılı belgeye senet denilmektedir. Belge ise, HMK'nın 199. maddesinde “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir*” denilerek tanımlanmıştır. Bir belgenin ispat gücü, onun senet olup olmamasına göre değişir. Buna göre, belge kesin delil olabileceği gibi, takdiri delil niteliğinde de sayılabilir. Senedin onu meydana getiren kişinin imzasını, mührünü, e-imzasını veya eliyle yapılmış işaretini taşıması gerekir. Senet, onu düzenleyen kişiye ve ispat gücüne göre adi ve resmi senet olarak ikiye ayrılmaktadır⁹⁵.

Adi senet, resmi bir makam veya memur bulunmaksızın taraflar arasında düzenlenmektedir. Senedin kesin delil teşkil edebilmesi için senedin doğru olması şarttır. Taraflardan biri senedin altındaki imzanın kendi imzası olmadığını iddia ediyorsa imzanın sahte olduğu iddiasında bulunmalıdır. Aksi takdirde senet kişinin aleyhine delil olarak kullanılır. Sahtelik iddiası olan senetler, doğru olup olmadığı anlaşılincaya kadar delil olarak kullanılamaz. Ayrıca, adi senetler, senette ismi yazılı kişiler ve bu kişilerin mirasçıları için hüküm ifade etmektedir. Üçüncü kişiler için adi senetler hüküm ifade etmezler⁹⁶.

Resmi senet, resmi bir makam veya memurun katılımı ile düzenlenmektedir. Resmi senetler aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil hükmündedir. Resmi senetlerin sahteliği söz konusu olduğunda, noterin veya resmi bir kişinin tamamen sahte bir senet düzenlemiş olması veya resmi senet düzenlenmesi esnasında senede uygun olmayan kayıtlar koymuş olması gerekmektedir⁹⁷. Adi senetlere yönelik sahtelik iddiası ön sorun olarak ileri sürülebilirse de, resmi senetler için bu durum geçerli değildir. Resmi senetlerde sahtelik iddiası konusunda ayrı bir dava açılması şarttır (HMK m. 208, 4).

Hukuki işlemler yalnızca kesin delille ispat olunabilir. Kanunda ispat sınırı olarak belirlenen parasal tutarı aşan hukuki işlemler ve senede karşı olan iddialar tanıkla ispat edilemezler. HMK'nın 200. maddesi gereğince, hukuki işlemlerin değeri (2021 yılı için

⁹⁵ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 408, 409.

⁹⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 410, 411.

⁹⁷ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 414,415.

4.880,00 TL'yi aştığı takdirde bu hukuki işlemler senetle ispat edilmelidir⁹⁸. Senetle ispat zorunluluğunun istisnaları HMK'nın 202 ve 203. maddelerinde sayılmıştır. Madde hükmünde sayılan hallerde hukuki işlemlerin değerine bakılmaksızın tanık dinlenebilmektedir. Ayrıca, kanundaki tutarı aşan hukuki işlemin tanıkla ispat olunabileceğine yönünde delil sözleşmesi bulunuyor ise, söz konusu hukuki işlem tanıkla ispat olunabilir. Örneğin, Kadastro Kanunu'nun 30. maddesi gereğince kadastro ile ilgili uyumsuzluklar çözümlenirken her türlü delile dayanılabilir⁹⁹.

a.4. Yemin

Yemin, vakıanın doğruluğu hakkında “namusu, şerefi ve kutsal saydığı bütün inanç ve değerleri” üzerine taraflardan birinin beyanda bulunmasıdır (HMK m. 233). Yemin, kesin delil hükmündedir. Yemin edildiği takdirde artık o vakıa hakkında başka delil gösterilmesine gerek yoktur. Ancak yemin deliline son çare olarak başvurulmaktadır. Yemin, kendisine teklif edilen tarafça bizzat eda edilir. Vekil, taraf adına yemin edemez. Ancak tarafın kanuni temsilcisi veya velisi varsa yemin bunlara karşı teklif veya iade olunabilir.

HMK'nın “*Yemine konu olamayacak vakıalar*” başlıklı 226. maddesinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalarda, bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hâllerde ve yemin edecek kişinin namus ve onuruna zarar verecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak hususlarda yemin teklifi edilemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca hâkimin hukuki sebepleri kendiliğinden araştırıp uygulamakla nedeniyle hukuki işlemler de yemin teklifinin konusu yapılamamaktadır.

Yemin, mahkeme huzurunda icra edilmektedir. Yemin edecek kişi mahkeme çevresi dışında ise istinabe yoluyla yemin icra edilmesi istenebilir. Yemin teklif edilen taraf çağırıldığı duruşmaya gelmez ise yeminden kaçınmış olduğu tespit edilir ve yemin edeceği vakıaların sabit sayılmasına karar verilir. Çağırıldığı duruşmaya gelen taraf, yemini etmez ve yemini reddetmezse yemin konusu edilen vakıayı ikrar etmiş sayılır. Yemin için çağırıldığı oturuma gelen ve o vakıanın mevcut olmadığı hakkında yemin edildiği takdirde o vakıanın mevcut olmadığı ispat edilmiş olur ve bu hususta karşı taraf başka delil

⁹⁸ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 425.

⁹⁹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 426-433.

gösteremez. Yeminin yalan olduğunu iddia eden taraf ancak TCK'nın 275. maddesine göre yalan yere yemin suçu işlediğini iddia ettiği taraf hakkında şikâyetçi olabilir. Yalan yere yeminden açılan ceza davası, görülmekte olan hukuk davasının ertelenmesini gerektirmez. Ancak ceza davasında yeminin yalan yere edildiğine karar verilirse, yemin teklif eden yargılamanın iadesine başvurulabilir¹⁰⁰.

b.Takdiri Deliller

Hâkim, takdiri delilleri serbestçe değerlendirir. Takdiri delillerin ispat gücü kesin delillere oranla daha azdır. Ancak kesin delille ispat zorunluluğuna istisna teşkil eden hallerde (HMK m. 193, 201/2, 202, 203) ve hukuki fiillerde takdiri delillere dayanılabilir.

b.1. Tanık

Tanık, davanın taraflarından başka bir üçüncü kişidir. Tanık taraflarca gösterilir. Hâkim kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanmadığı hallerde re'sen tanık dinleyemez. Kural olarak, herkes tanıklık etmek zorundadır. Ancak, HMK'nın 248., 249. ve 250. maddesinde tahdidi olarak sayılan hallerde kişiler tanıklıktan çekinebilirler. Taraflar ve tarafın tüzel kişi olduğu davalarda tüzel kişinin temsilcisi kendi davalarında tanıklık yapamaz. Tanık, davaya bakan mahkeme tarafından dinlenir. Hâkim tanıyı dinlemeden önce tanıya yemin ettirir ve bizzat kendisi sorguya çeker. Hâkim, tanık ifadeleriyle bağlı değildir ve bu ifadeleri serbestçe takdir eder. Hâkim, tanığın doğru beyanda bulunmadığı, başka belirti ve delillerle tespit ederse başka yönde karar verebilir. Yalan tanıklıkta bulunmak TCK'nın 272. vd. maddeleri gereğince suçtur. İfadesi karara esas alınmış tanığın yalan tanıklıktan mahkûm edilmiş olması yargılamanın iadesi sebebidir.

Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası'na göre, tanık delili, diğer delillerden daha zayıftır. Tanığın bir vakıyı olduğu gibi aklında tutması ve gerçeği anlatması çok zordur. Ayrıca ahlak, din, şeref ve namus gibi manevi yönleri zayıf olan kişilerin, bilerek gerçek dışı tanıklık yapmaları da gözönünde bulundurulduğunda, tanık delilinin düşük tutarlar ve senede bağlanması imkânsız olan hukuki işlemler ve fiiller için uygun olduğu açıktır¹⁰¹.

¹⁰⁰Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 441-447.

¹⁰¹Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 449.

b.2. Bilirkişi İncelemesi

Bilirkişi, davanın çözümlenmesi için hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilgisine başvurulanan üçüncü kişidir. Bilirkişi incelemesi yapılmasına hâkim tarafından karar verilir. Bilirkişiye başvurulamayacak haller HMK'nın 266/2 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, açık bir kanun hükmünün varlığı halinde bilirkişiye başvurmak zorunlu kılınmıştır. Bunun dışında hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bilirkişinin tarafsız olması gerekmektedir. Bilirkişilik yapmak zorunlu değildir. Ancak bilirkişi listesinde yer alan kişiler bilirkişilik yapmak zorundadır. Bilirkişinin delilleri takdir yetkisi bulunmamaktadır, sadece maddi vakıalar hakkında görüş bildirmekle mükelleftir. Bilirkişinin oy ve görüşü hâkimi bağlamaz. Bilirkişinin varmış olduğu sonuca karşın hâkim bu sonucun hatalı olduğu kanısındaaysa bilirkişi raporunun aksine de karar verebilir¹⁰². Bilirkişinin kasten veya ihmal ile düzenlediği gerçeğe aykırı rapor mahkemece hükme esas alındığı takdirde bu durumdan zarar görmüş olanlar devlet aleyhine tazminat davası açabilir. Devlet, ödemiş olduğu tazminat nedeniyle raporu düzenleyen bilirkişiye rü'cu eder. Ayrıca gerçeğe aykırı rapor düzenlendiği ve kastın varlığı ceza yargılamasıyla tespit edilirse, bu husus yargılamanın iadesi sebebidir¹⁰³.

b.3. Keşif

Hâkimin uyuşmazlık konusu şeyi bizzat kendisi inceleyerek o şey hakkında tüm duyu organlarıyla bilgi edinmesine keşif denir¹⁰⁴. HMK'nın 288 vd. maddeleri gereğince her türlü uyuşmazlık hakkında keşif yapılabilir. Keşifte tanık ve bilirkişi dinlenebilir. Ayrıca keşif konusu yapılan şey yargı çevresi dışındaysa istinabe yoluyla da keşif yapılabilir.

b.4. Uzman Görüşü

Uzman görüşü, bilirkişiden farklıdır. HMK'nın 293. maddesi gereğince, tarafların, konunun uzmanından bilimsel nitelikli görüş almaları ve böylece özel ve teknik konularda

¹⁰²Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 465, 466.

¹⁰³Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 467, 468.

¹⁰⁴Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 469.

iddia ve savunmalarını desteklemeleri mümkündür. Hâkim, uzman görüşü ile bağlı değildir ve bu görüşü serbestçe takdir eder¹⁰⁵.

b.5. Kanunda Düzenlenmemiş Diğer Deliller

HMK'nın 192. maddesi gereğince belirli bir delille ispat zorunluluğunun öngörülmediği hâllerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği belirtilmiştir. Örneğin, taşınır malların muayenesi (sütün bozuk olup olmadığı), kan muayeneleri (soy bağına ilişkin), ses ve görüntü bant kayıtlarının incelenmesi (fikri haklar veya kişilik haklarına saldırı konusunda), faks ve bilgisayar ortamında tutulan metinlerin incelenmesi, güvenlik elektronik imza ile imzalanan belgeler, banka kayıtları vb. gibi delillere de başvurulabilmektedir¹⁰⁶.

¹⁰⁵Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 472.

¹⁰⁶Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 473.

İKİNCİ BÖLÜM

MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA İSPAT HAKKI VE İSPAT YASAKLARI

I. İSPAT HAKKI

A. Tarihi Gelişimi

Temel bir İnsan hakkı hak olan ispat hakkının tarihi gelişiminin insan haklarının gelişimi ile paralel olduğu düşünülmektedir. İnsan hakları, insanoğlunun ilk yaradılışına kadar uzansa da günümüzde güvence altına alınmış hakların tarihi yalnızca yüzyıllarla sınırlıdır¹⁰⁷. Güvence altına alınan ispat hakkı ise on yıllarla sınırlıdır.

İlk çağlarda kişiler büyüden yararlanarak ispat faaliyetini yerine getirmekteydi. Örneğin, Antik Yunanda “çile ile sınanma yargılaması (ordeal)” ile suç tespiti çalışılırdı. Buna göre, sanık suya sokulur, eğer batarsa bu suçlu olduğu anlamına gelirdi¹⁰⁸. Ortaçağda tanık en önemli delil olarak görülmekteydi. Belirli bir dönem, hâkimin kararı ateş, su denemesi, düello gibi doğa olaylarına veya taraf iradeleri dışında meydana gelen davranışları veya tanrısal kararlara dayanmaktaydı¹⁰⁹. Kıta Avrupası hukuk sisteminin geçmişi olan Orta Çağ Avrupasının içerisinde bulunduğu karanlık dönem ispat sisteminin de karanlık çağı yaşamasına neden olmuştur. İspat sistemi rasyonellikten uzak ve skolâstik bir yapıdadır. Bu dönemde ispat hakkının varlığından söz etmek anlamsız kalmaktadır. Zira Orta Çağ Avrupasında yargılamalar çeşitlilik göstermekteydi. Kraliyet yargılaması, kilise yargılaması, feodal yargılama gibi yargılamaların bir takım sosyal tabakalar için ayrıcalık öngörmesi; hâkimlik mesleğinin babadan oğula geçmesi; hâkimlerin ücretini tarafların ödemesi eşitlikten uzak bir medeni yargılama sistemi oluşturmuştur¹¹⁰. Orta Çağın karanlık düşünce yapısının sonlanmasını sağlayan Fransız devrimi hukukta da değişikliklere yol açmıştır. Fransız devriminin devam ettiği süreçte 16-24 Ağustos 1790 tarihli Kanun ile ilk olarak imtiyazlı sınıflara tanınan yargılamalar kaldırılarak sosyal ve

¹⁰⁷Kabaoğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku 1, 7. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 2013, s. 33.

¹⁰⁸ Bu konuda Bkz. Kocaoğlu, Serhat Sinan, Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafii, ABD 2010, Y. 68, C. 3, s. 120.

¹⁰⁹Çiftçi, s. 33.

¹¹⁰Çiftçi, s. 47.

siyasal eşitlik prensibi adalet sistemine de yansıtılmaya çalışılmıştır¹¹¹. Kanun doğrudanlık ilkesi ve hukuki dinlenilme hakkı ile ilgili değişiklikler getirmiştir. Bu kanun ile birlikte tanık ifadelerinin; tarafların hazır bulunduğu esnada, açık ve aleni duruşmada hâkim tarafından alınması ilkesi kabul edilmiştir. Bununla birlikte hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine geçiş yapılarak medeni yargılama hukukunun bugünkü temelleri atılmıştır¹¹².

19. yüzyıl sonlarında Kıta Avrupası medeni yargılama sistemlerinin öncüsü niteliğinde iki kanun çıkarılmıştır. Bunlar, 1877 tarihli Alman Medeni Yargılama Kanunu ve 1895 tarihli Avusturya Medeni Yargılama Kanunudur. Avusturya Medeni Yargılama Kanununda hâkimin yargılama sürecinde aktif rol oynaması yargılamanın hızlandırılması ve tarafların etkin rol oynamasının sağlanması, başta Alman Medeni Yargılama Kanununda ve daha sonrada pek çok Kıta Avrupası medeni yargılama kanunlarında değişiklik yapılmasını sağlamış ve 1911 tarihli Macar, 1915 tarihli Norveç, 1916 tarihli Danimarka, 1929 tarihli Yugoslavya, 1933 tarihli Polonya, 1942 tarihli İsveç, 1947 tarihli İsviçre Federal Medeni Yargılama Kanunları değişikliğe uğramıştır¹¹³.

Bununla birlikte Kıta Avrupası hukuk sistemlerine paralel olarak İngiliz Hukukunda da Orta Çağ kilise hukukunun ispat sistemine karşı bir tepki duyulmaktaydı. Jeremy Bentham'ın ispat hukukuna etki eden görüşleri 1830'dan itibaren başlamış ve 19. yüzyılda üst noktalara ulaşmıştır. Bentham, şekilci matematiksel ispat sistemiyle zıt bir görüş olan faydacı yaklaşım esaslı ispat sistemini savunmaktaydı. Bu görüş, modern İngiliz ve Amerikan ispat rejimlerinin temelini oluşturmuştur¹¹⁴.

İslam medeni yargılama hukukunda ise, tanık delili kesin delil sayılmaktadır. En önemli ispat aracının tanık bir vakıanın gerçekleştiği hususunda beyanda bulunuyorsa, hâkim o beyanın aksine hüküm kuramaz. Tanzimatın kabulünden sonra yargılama kuralları Mecelle'de düzenlenmiştir. Mecelle'de ayrıntılı ispat kuralları bulunmaktaydı. Bu süreçlerde ispat araçlarının rasyonel olmadığı, en önemli ispat aracının tanık gibi çürük bir delil olması; İslam hukukunda ispat hakkının güvence altına alınmadığını göstermektedir. Zira, Cumhuriyetin kabulünden sonra İsviçre'nin Neuchatel Kantonu (CPCN) esas alınarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hazırlanmıştır. Böylece Fransız ispat

¹¹¹ Çiftçi, s. 49.

¹¹² Çiftçi, s. 50.

¹¹³ Çiftçi, s. 52.

¹¹⁴ Çiftçi, s. 52.

sistemi ve tanıkla ispat yasağı hukuk sistemimize dâhil olmuştur¹¹⁵. Anayasallaşma hareketleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabulü ve sözleşmenin her geçen gün etkinliğini arttırması ile ispat hakkının da buna paralel olarak uygulama alanını genişletmiştir.

İspat hakkının gelişimi, toplumun sosyal yapısı, kültüründe ve bilimde olan gelişmelerle yukarıda anlatılan ispat çabalarından neyseki sıyrılınmış ve bu tip hakikati arama çabaları artık dna örnekleri, parmak izi, ses ve görüntü kayıtları, alkol ve uyuşturucu madde testi gibi bilimsel yöntemlere evrilmiştir. Görüldüğü üzere, ispat hakkı konusunda hukuk sistemleri farklı prensipler benimsese dahi; ispat sistemleri temelde benzer gelişim göstermiştir.

B. İspat Hakkı Kavramı

İspat hakkı 20. yüzyılın ikinci yarısında tarafların sübjektif hakkı olarak gelişmiş ve kabul edilmiştir. Hukukumuzda *Belgesay*, ispat hakkı kavramına ilişkin olarak “*Biz, iddia ve müdafaayı ispata yarayacak delillerin irad ve ikamesi(nin) taraflar için bir hak teşkil ettiği kanaatindeyiz*” demiştir¹¹⁶. *Pekcanitez*, açıklama hakkının içerisinde delil gösterme hakkının da bulunduğunu belirtmektedir¹¹⁷. *Umar/Yılmaz*, açıkça ispat hakkı kavramını kullanmasa da, belirli bir hukuksal sonucun kendi lehine olduğunu ileri süren tarafın, vakıaların gerçek ve doğru olduğunu ispat etmesine imkân verilmesi gerektiğini ve bunun ispatının aynı zamanda bir hak olduğunu belirtmiştir¹¹⁸.

C. İspat Hakkının Önemi ve Yeri

Herkes, uyumsuzluklarda haklılığını adil şekilde ifade etmek ister. Bireyler açısından haklılığı ispat arzusu adalet arayışı olmasının yanı sıra psikolojik ve sosyolojik bir ihtiyaçtır. Tüm bu nedenlerle, kendini ifade etme hakkı, hukuk devletinde yargılama sürecinde ispat faaliyeti ile gerçekleştirilen bir unsur olarak kabul görmektedir. İspat hakkı, aynı zamanda Anayasa'nın 25. maddesinde güvence altına alınan “düşünceyi açıklama özgürlüğünün” de bir yansımasıdır.

¹¹⁵Çiftçi, s. 53-54.

¹¹⁶Belgesay, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1980, s. 23 naklen.

¹¹⁷Pekcanitez, Hakan, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 752 vd.

¹¹⁸Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, İstanbul 1980, s. 7.

Dünyada 1970'lerden itibaren bilimsel araştırmalar yapılarak yargılama hukuku açısından yargısal adaletin toplum üzerindeki etkileri incelenmiş ve adaletin toplumda ne anlama geldiği sorusu aydınlatılmaya çalışılmıştır. Bu hususta 1975 yılında Thibaut ve Walker'in öncülüğünde Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri kapsamında gerçekleştirilen ilk çalışmada bir yargılamanın adil bir yargılama olmasının ilk koşulunun, bireylerin yargılama sürecinde ve özellikle de deliller üzerinde kontrol sahibi olmaları ve ayrıca hüküm üzerinde kontrol sahibi olmaları olarak belirlenmiştir¹¹⁹. Daha sonra yapılan araştırmalarda bu husus değişmemiş ve bir yargılamanın adil kabul edilebilmesi için kişilerin aradıkları ilk özelliğın hükmü etkileyebilmeleri ve hâkimi kendi iddialarına inandırabilmeleri için yargılamada konuşabilme, yani açıklama ve bunun için delil sunma haklarına sahip olmaları ortaya çıkmıştır¹²⁰.Yapılan araştırmalar sonucunda bireylerin bir yargılamanın adil olduğu sonucuna varmaları için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiği ortaya çıkmıştır. Bunlar önem sırasıyla;

1. Taraflar bir çekişme hakkında karar verecek yargısal otoriteler önünde, bu otoriteleri iddialarının haklılığına inandırabilmek için kendilerini ifade edebilme, açıklamada bulunma şansına sahip olmalıdır.

2. Toplumsal açıdan bir yargılamanın adil olması için, yargısal otoriteler tarafsız olmalıdır. Bu nedenle kararı verecek merci kişisel görüşlerine veya önyargısına göre değil, hukukun temel ilkeleri ve tarafların sundukları somut vakıalara göre karar vermelidir.

3. Son olarak, kişiler haklarına saygı duyulduğunun bir göstergesi olarak yargılama süresince kendilerine insan onuruna yakışır şekilde davranılmasını istemektedirler¹²¹.

D. İspat Hakkının Anayasa ve Medeni Usul Hukuku Bakımından Temelleri ve Dayanağı

İhkak-ı hakkın çok istisnai hallerde kullanılabileceğini belirleyen hukuk düzenleri bireye haklarını elde etmelerini sağlayacak imkânlar sunmaktadır. Hukuki korumanın sağlanması için devlet bireye adaletin teminini talep etme hakkı tanımıştır. Adaleti temin talebi, ihkak-ı hak yasağının ikamesidir. İşte bu yüzden adaletin temini talebi, devlet

¹¹⁹Çiftçi, s. 139; Tyler, Tom R., "Procedural Justice and The Courts", The Journal of The American Judges Association, C. 44, S. 1/2, s. 104 naklen.

¹²⁰Çiftçi, s. 140; Tyler, Proceural Justice, s. 32 naklen.

¹²¹Çiftçi, s. 140.

tarafından özel hukuka ilişkin hakların etkin şekilde yerine getirilmesiyle sağlanmış olacaktır. Herhangi bir yargılamanın yapılması adaletin temini talebini yerine getirmiş olmak anlamına gelmez; ancak etkin hukuki koruma sağlayan bir yargılama ile adaletin temini talebi yerine getirilebilir.

Her sübjektif hak, belirli bir hayat olayına dayandığından bu hayat olayının temellerinin de mahkeme tarafından tam bir inceleme ile tespiti zorunludur. Mahkeme bu tespiti yaparken tüm delilleri kullanmalıdır. Mahkeme tarafların iddia ettikleri olayların doğruluğunun tespitini isterken zorunlu olarak taraflardan vakıayı ispat etmesini talep etmektedir. Tarafların ileri sürdüğü deliller ise ispata ilişkin olduğundan dolayısıdır ki bu da hukuki korunma talebinin bir parçasıdır. Görüleceği üzere, ispat hakkı ile hukuki korunma talebi birbirini tamamlar niteliktedir. Bu yüzden ispat hakkı temin edilmeyen bireye sağlanan adaletin temini talebi, topal kalmış olacaktır. İspat hakkı, Medeni Usul hukukunda usuli bir hak olsa da, dayanağını Anayasadan aldığı için usuli bir temel hak seviyesindedir. Bunun sonucunda bu hakkın sınırlanması da özel meşru bir sebep gerektirir¹²².

Temelini insan onuru ve hukuk devleti ilkesinden alan hukuki dinlenilme hakkı hukuk düzenlemelerinin üstünde yer almaktadır. Mahkemeler ve kanun koyucu hukuki dinlenilme hakkıyla bağlıdır¹²³. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü, hukukumuzda hukuki dinlenilme hakkının dayanağını teşkil etmektedir. Söz konusu hak bulunmadığı sürece adil yargılanma hakkı, iddia ve savunma yapma hakkı adeta sakatlanır ve tek başına bir anlamı kalmaz. Hukuki dinlenilme hakkı, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını, uyuşmazlık konusu vakıanın tam olarak aydınlanmasını amaçlar.

Aynı şekilde, ispat hakkının içeriği ve sınırlarının belirlenmesi açısından ispat hakkının dayanağı olarak da Anayasanın 36. maddesi ve AİHS'in 13. maddesi (Hak Arama Özgürlüğü) ile AİHS'in 6. maddesinde unsurları belirlenen adil yargılanma hakkı gösterilebilir.

¹²²Kılıçoğlu, Evren, Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 6-9.

¹²³Kılıçoğlu, s. 9-10; Pekcanitez, Hakan, s. 755.

İspat hakkı, hem tarafların iddia ve savunma haklarını kullanabilmesi hem de yargılama sonucunda verilecek kararın kaliteli olması açısından gereklidir. İşte bu yüzden ispat hakkının dayanaklarının, biri diğerinden üstün tutulmayacak şekilde, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Medeni yargılama hukukunda ispat hakkı, ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. Kanun, ispat hakkından özellikle üç maddede söz etmektedir. Bunlar, HMK'nın 189. maddesi (İspat Hakkı), 27. maddesi (Hukuki Dinlenilme Hakkı) ve 193. maddesi (Delil Sözleşmesi) düzenlenmiştir.

HMK'nın 189. maddesi, “(1) *Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir. (2) Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamaz. (3) Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. (4) Bir vakianın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir*” şeklindedir. Çiftçi, söz konusu madde hükmünün hakkın kendisinden çok sınırlamaları ele aldığı, hakkın hangi koşullar altında kullanılabileceğini açıkladığı ve HMK'nın 189. maddesinin ispat hakkını sınırlandırıcı nitelikte olduğunu belirtmiştir¹²⁴.

HMK'nın hukuki dinlenilme hakkını düzenleyen 27. maddesi ve delil sözleşmesini düzenleyen 193. maddesi ise ispat hakkına önemli işlevler yüklemektedir. Yukarıda açıklandığı üzere hukuki dinlenilme hakkının önemli unsurlarından birisi ispat hakkıdır. Bu yönüyle hukuki dinlenilme hakkı ile ispat hakkının ayrılmaz bir bütün olduğunu kabul etmek gerekir. Bu yüzden ki Yargıtay kararlarında ispat hakkıyla ilgili atıf yapılan madde 189. madde değil, 27. madde hükmüdür¹²⁵.

HMK'nın 193. maddesinde “(1) *Taraflar yazılı olarak veya mahkeme önünde tutanağa geçirilecek imzalı beyanlarıyla kanunda belirli delillerle ispatı öngörülen vakıaların başka delil veya delillerle ispatını kararlaştırabilecekleri gibi; belirli delillerle ispatı öngörülmeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler. (2) Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir*” denilerek delil sözleşmesi düzenlenmiştir. Ancak, maddenin birinci fıkrasının çeşitli sorunlar barındırdığı

¹²⁴ Çiftçi, s. 150.

¹²⁵ Çiftçi, s. 152.

düşünülmektedir. Söz konusu birinci fıkra, kamu hukuku niteliğinde olan ispat hakkının taraf iradesiyle ne denli sınırlandırılabilceği ve yargısal temel haklardan ne kadar feragatin mümkün olup olmadığı sorularını gündeme getirmektedir. Her ne kadar 189. ve 193. madde hükümleri tartışmaya açık olsa da 27. madde hükmünün ispat hakkının temelleri bakımından kılavuz görevi gördüğü açıktır¹²⁶.

E. İspat Hakkını Güvence Altına Alan Temel İlkeler ve Hukuki Araçlar

1. Temel İlkeler

a. Hukuk Devleti İlkesi ve İspat Hakkı

Georges Burdeau, “*İnsan, insana itaat etmemek için devleti icat etti*” demiştir. Burdeau’dan esinlenen *Gözler*¹²⁷’de, “*İnsan, insana itaat etmemek için hukuku icat etti*” demiştir.

Hukuk devleti, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlayan ve hukuk kurallarına bağlı devlet olarak tanımlanabilir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’nın 2. maddesinde hukuk devleti olarak tanımlanmış ve bu ilke bir nevi güvence altına alınmıştır. Hukuk devleti ilkesinin temel ve üst norm olarak kabul görme nedeni ise içeriğinde birçok hak ve kuralın etkin rol oynamasından kaynaklanmaktadır. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, kanun önünde eşitliğin sağlanması, temel hak ve hürriyetlere yönelik güvence sağlanması, hukukun evrensel ilkelerinin yerine getirilmesi, yasama faaliyetleri ve kanunların anayasaya uygunluğu, yürütmenin faaliyetlerinin denetlenmesi, adil yargılanma hakkı kapsamında yargı faaliyetlerinin denetimi hukuk devleti ilkesi içerisinde yer almaktadır.

Modern hukuk sistemlerini uygulayan devletlerde, hakların korunması ve yerine getirilmesi görevi devletlere tanınmıştır. Bu yönüyle meşru müdafaa ve ihkak-ı hak haricinde kişiler haklarının ihlal edildiğini veya tehlikede olduğunu düşünüyorlarsa kural olarak kendiliğinden haklarını almayı sağlayamazlar. Bunun yerine hakkının ihlal edildiğini düşünen taraf ihlal edilen hakkı korumakla yetkili devlet organına başvurmak zorundadır. Bu husus kişiler yönünden hem hak hem de sorumluluktur. Devlet ise,

¹²⁶ Çiftçi, s. 153.

¹²⁷ Burdeau’nun görüşü, **Gözler, Kemal**, “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013, s.15’den naklen.

kendisine başvuran kişinin hakkını tespit etmek ve korumakla görevlidir. Devlet, Anayasa ve uluslararası normlara uyarak hakkın tespitini yapmalıdır.

Tüm pozitif hukuk kurallarının geçerliliği normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan Anayasadan kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 11. maddesinde, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*” denilmiştir. Bu nedenle kanunların Anayasaya uygun olması zorunludur. Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin sonucu olarak Anayasa yargısı ortaya çıkmıştır¹²⁸. Anayasa'nın 150.-153. maddeleri gereğince, Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyecek ve Anayasaya aykırılığı tespit edilen madde hükmünün iptali mümkün olacaktır. Ayrıca AİHS'in 6. maddesine aykırılık hallerinde bireyler AY 148/3 maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkına sahiptir. Bu hak, ispat hakkını güvence altına alarak ispat hakkının sınırlamaları bakımından önem teşkil etmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin belli başlı unsurları bulunmaktadır. Bu unsurlar ise ispat hakkını güvence altına almaktadır. Hukuk devletinin unsurlarından birisi hukukun üstünlüğü ilkesidir. Bu anlamda kişilerin temel haklarının ve özgürlüklerinin evrensel hukuk kuralları gereğince korunmasıyla hukukun üstünlüğü sağlanmış olmaktadır.

Hukuk devleti kavramı kanun devleti olarak anlaşılmalıdır. *Hirsch*, hukuku iki şekilde ele almaktadır. Bunlardan biri adaleti gerçekleştirmeye yönelik olan, diğeri ise belirli yer ve zamanda geçerliliği olan pozitif hukuk kurallarıdır¹²⁹. Bundan dolayıdır ki devletin yalnızca kanun yapması hukuk devleti olmak için yeterli değildir. Aynı zamanda Devletin yaptığı kanunların hukukun üstünlüğünü sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bununla birlikte devlet, kanun yaparken bireylerin temel hak ve özgürlüklerini evrensel hukuk ilkeleriyle uyum içinde korumaya elverişli kanunlar yapmalıdır. Bu uygunluk ve bütünleşme, AİHS'in 6. maddesi gereğince ispat hakkı açısından ayrı bir güvence oluşturmaktadır.

¹²⁸Çiftçi, s. 342-343; Gülsoy, Mehmet Tevfik, Türkiye’de Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, İstanbul Üniv. SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul 1994, (Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı)

¹²⁹Çiftçi, s. 346; Hirsch, Ernest, Kuvvet ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No. 210, Ankara 1966, s. 183.

Herkes kanun önünde eşittir (AY m. 10). Bu eşitliğin sağlanması ise yasama ve yürütme organlarının temel görevidir. Eşitlik ilkesine mahkemeler önünde uyulması ise yargılama hukukunun ilgileneceği gereken bir konudur. Bireylerin iddia ettiği hakkının var olduğunu ispat etmesi açısından adil yargılanma hakkının alt ilkesi olarak silahların eşitliği ilkesi, ispat hakkı bakımından önem teşkil eder. Herkes ispat hakkını kullanırken eşit imkânlarla sahip olmalıdır.

Anayasa'nın 17-40. maddeleri arasında düzenlenen temel hak ve hürriyetler, Türkiye Cumhuriyeti'nin de tarafı bulunduğu birçok uluslararası sözleşmede bulunmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere evrensel nitelik kazandırılmasıyla bireylerin sahip olduğu temel hakların uluslararası platformda güvence altına alınarak uluslararası düzeyde korunması sağlanmıştır. İspat hakkının tam olarak güvence altına alınabilmesi hukuk devleti gereklerinin gerçekleştirilmesine bağlıdır. Zira dayanağı, temel bir hak olan ispat hakkının sınırlandırılması yine evrensel nitelikte ilkeler çerçevesinde mümkün olabilmektedir.

Olmstead davasında¹³⁰, “Devletin varlığı, hukukun adilane olmasını titiz bir şekilde gözetmekte başarısız olursa tehlikeye girer... Eğer devlet hukuku ihlal ederse, hukukun küçümsenmesine sebebiyet vermiş olur; herkesi kendi hukukunu yaratmaya davet eder, anarşiyi çağırır” denilerek hukuk devleti ilkesinin benimsenmemesinin sonuçları adeta özetlenmiştir.

b. Hukuki Güvenlik İlkesi ve İspat Hakkı

Goethe'nin meşhur trajedisinde Faust ile Mefisto arasında şöyle bir konuşma geçer: Mefisto'nun buldukları odanın kapısından çıkmasına bir engel çıkınca, Faust, Mefisto'ya pencereden veya bacadan çıkabileceğini söyler. Mefisto ise, “Biz şeytan ve hayaletlerin de bir kuralı var: Ancak girdiğimiz yerden çıkabiliriz. Girmede serbestiz, ama çıkmada değil” demiştir. Faust ise, “Öyle ise, sizinle bir anlaşma yapabiliriz” demiştir. “Yani kural öylesine önemli bir şeydir ki, kuralı olan kişiyle, bu kişi şeytan olsa bile anlaşma yapılabilir. Kuralların bu önemi, önceden biliniyor olmalarından ve olay sırasında değişmeyecek olmalarından kaynaklanır. Kuralların bu iki özelliği, kuralların içeriğinden bağımsız olarak, insanlara güvenlik sağlar. Herkes önceden bilinen kurallara göre davranışı ayarlar ve yaptığı eylem ve işlemlerin sonuçlarından yararlanır veya bunlara katlanır. Kuralların bu fonksiyonunu yerine getirebilmeleri için, haliyle, önceden herkesçe biliniyor

¹³⁰ Olmstead v. United States, 277 US 438,485 (1928).

olmaları ve olaydan sonra da değişmemeleri gerekir. Aksi takdirde, kuralların güvenlik sağlayıcı bir fonksiyonu olamaz¹³¹.” Gözler’in bu denli berrak ve akıcı anlatımıyla açıkladığı şey, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olan hukuki güvenlik ilkesidir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ile Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesi kapsamında hukuki güvenlik ilkesini vurgulamaya başlamıştır. Hukuki belirlilik ilkesi ise, hukuk normlarının birbiriyle çelişmeyecek şekilde açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmasını ifade etmektedir¹³². Anayasa Mahkemesi bir kararında¹³³, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin hukuk devletinin unsurlarına dâhil olduklarını açıklamıştır.

Türk hukukunda kanuni delil sisteminin geçerli olması hukuki güvenliği ve belirliliği güvence altına almaktadır. Taraflar uyuşmazlık öncesinde hangi tür delillerle iddia ettikleri vakıaları ispatlayabileceklerini kanuni delil sistemi sayesinde bilirler ve bu şekilde kendilerine hukuki yön verebilirler¹³⁴. Aynı şekilde ispat hakkını sınırlandıran kurallar da açık ve anlaşılır olmalıdır. Bu gereklilik ispat hakkının keyfi şekilde sınırlandırılmasının önüne geçmektedir. Hukuki belirlilik, sadece yasama ve yürütme organlarının uyması gereken bir ilke değildir. Aynı zamanda bu ilkeye mahkemelerin de uyması zorunludur. Mahkeme kararlarının açık ve anlaşılır olması, kararların tebliği/tefhimi ve yayımlanması, mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve gerekçenin tatmin edici olması da söz konusu ilkenin yansımasıdır. Mahkeme kararlarındaki hukuki istikrar, hukuki güvenliği sağlamaya yöneliktir. Mahkemelerin önceki kararlarında yer vermiş oldukları hükümlerle tutarlı kararlar vermeleri gerekmektedir. Hukuki istikrar, ispat hakkının korunmasına hizmet etmekle birlikte, içtihat birliğinin sağlanması, kesin hüküm, hâkimin hükmüne esas aldığı delilleri değerlendirirken keyfiyetten uzak kalması ve hâkimin karar verirken ispat hakkı temelli yorum yöntemleri kullanması hukuki istikrarı sağlamaya yönelik alt unsurlardandır.

c. Yargılamanın Haysiyeti İlkesi ve İspat Hakkı

Arapçadan dilimize geçen haysiyet kelimesi, Türkçe sözlükte “*Değer, saygınlık, itibar, öz saygı*¹³⁵” anlamına gelmektedir.

¹³¹Gözler, s. 16. Naklen.

¹³²Çiftçi, s. 348-350.

¹³³AYM, 14.10.2015, 2015/94 E. ve 2016/27 K.

¹³⁴Çiftçi, s. 350.

¹³⁵TDK, Genel Türkçe Sözlük, <http://tdk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 10.03.2020.

Yargılamanın haysiyeti ilkesi, medeni kanunda açıkça isimlendirilmese de yargılama faaliyeti için önemli bir ilkedir. İlk olarak Amerika Birleşik Devletlerinde 1928 yılında bir hâkim tarafından ortaya koyulan yargının haysiyeti teorisine (Judicial Integrity Theory) göre, hukuka saygıyı sürdürmek amacıyla hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerin değerlendirme dışı bırakılması gerekmektedir. Kaldı ki; devlet bir kanunu ihlal ederse bu hukuku küçümsenin önünü açar ve bu da bireyin kendisi için hukuk yaratmasına neden olur. Bu da anarşiyi doğurur. Bu nedenle, yürütmenin (polisin), bireyin hukukun kurallarını çiğneyerek elde ettiği delil yargı organlarında kabul edilirse hukukun bütünlüğü ve saygınlığı zedelenmektedir¹³⁶.

İspat hakkının güvence altına alınması amacıyla yargılamanın haysiyeti ilkesi gereğince Hukuk Muhakemeleri Kanununda bazı önlemlere yer verilmiştir. HMK'nın 189/2 maddesi hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılmayacağına ilişkindir. HMK'nın 264., 257. ve 258. maddelerinde yalancı tanıklığın yasak olması ve buna ilişkin önlemler düzenlenmiştir. HMK'nın 375. maddesinde yargılamanın iadesi sebepleri düzenlenmiştir.

Kanun koyucu yargılamanın haysiyeti ilkesinin ispat hakkı üzerinde sağladığı güvenciyi korumak için yargılama sırasında gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyen fiilleri bireylerin menfaatlerinin zedelenmesinin yanında yargılamanın da zedelenmesi olarak görmüş ve bu fiilleri suç olarak kabul etmiştir. Bu suçlar, TCK'nın "Adliye Karşı Suçlar" başlıklı 267.-298. maddeleri arasında düzenlemiştir¹³⁷.

Herkes, meşru vasıta ve yollardan yararlanarak hak arama özgürlüğünü kullanabilir (AY m. 36). Söz konusu madde hükmü, bunun aksi şekilde hareket eden bireylerin sahte veya gerçeğe aykırı olan delillerle ispat hakkını kullanmalarına engel olur. Aksini kabul etmek Anayasa'nın üstünlüğünü ve hukuk devleti gerekliliğinin temelini zedeler. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeler incelendiğinde, bireyler gerçeği yansıtmayan veya gayrimeşru yollardan elde ettikleri ispat araçları ile uyumsuzluğu sonlandıramazlar. Yargılamanın amacı, gerçeğe ulaşmak olduğu kadar gerçeğe ulaşmada meşru yollar kullanılmasını sağlamak ve yargıya olan güveni sarsmamaktır.

¹³⁶Çiftçi, s. 365; Koca, Mahmut, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, AÜHFD, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 115.

¹³⁷Çiftçi, s. 367.

Yargılama prosedürü anayasal hak ve özgürlükleri koruduğu kadar hukukun onurunu da korur. Yargılamanın haysiyeti ilkesi ise, tarafların hâkimi yanılmak amacıyla hukuka aykırı şekilde elde ettikleri veya gerçeğe aykırı olarak sundukları ispat araçları ile yargılanmamak için talepte bulunma hakkı tanır. Tüm bu nedenler, yargılamanın haysiyeti ilkesini önemli kılarak ispat hakkının güvencesi haline getirir¹³⁸.

2. Hukuki Araçlar

a. Delil Tespiti

Delil tespiti, kişinin uyuşmazlıkta kullanacağı delillerin güvence altına alınmasını sağlayan geçici hukuki koruma tedbiridir. Delil tespiti talep edilebilmesinin iki şartı bulunmaktadır. Bunlardan ilki delil tespiti istenmesinde hukuki yarar şartıdır. Hukuki yarar şartı ise, delilin ivedilikle tespit edilmemesi nedeniyle kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimali varlığı gerekmektedir. Diğer şart ise henüz inceleme sırası gelmeyen delilin tespitinin istenebilmesidir.

Bilinmelidir ki, delil tespiti, karşı tarafın elinde bulunan delillere erişim imkânını mümkün kılmaz. Tesadüfen delil elde edilmesi amacı da güdülemez. Ayrıca, delil tespiti talebinin kabulü için yaklaşık ispat aranmaktadır. İspat sınırının yükseltilmesi ve delil tespiti talebinin haksız reddi, kişinin menfaatini zedeleyecek, belki de hakkını ispata elverişli delili kaybetmesine yol açacaktır. Bu da kişinin ispat hakkının ihlaline sebep olacaktır. Herhangi hak veya menfaat kaybı yaşanmaması için hâkimin delil tespiti talebini kabul veya reddederken ölçülülük ilkesine uyması ve tarafların ispat hakkının ihlaline mahal vermemesi gerekmektedir¹³⁹.

b. İspat Güçlüklerinin Aşılması

İspat güçlüğü, tarafların elinde olmayan sebeplerle hakkını ispata yarayacak delili mahkemeye sunamamasıdır. Tarafın ispat güçlüğü yaşaması, tek başına ispat hakkının ihlali olarak nitelendirilemez. Ancak, ispat güçlüğü yaşayan tarafı bir takım hukuki araçlarla bu durumuna son verilmemesi silahların eşitliği ilkesini ve ispat hakkını ihlal edecektir¹⁴⁰. Örneğin, dava veya şikâyet hakkının kötüye kullanımıyla uygulamada sık

¹³⁸ Çiftçi, s. 368.

¹³⁹ Akyol Aslan, Leyla, Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara 2011, s. 90. vd.; Çiftçi, s. 368-369.

¹⁴⁰ Çiftçi, s. 370.

karşılaşmaktadır. Kişi, karşı taraftan bir nevi intikam alma ve karşı tarafı zor duruma düşürmek amacıyla suç olmadığını bildiği bir şeyi suçmuş gibi iddia etmektedir. Kişi, suç iddiasında bulunduğu için adalet teşkilatı iddiayı değerlendirmekle meşguldür. Bu meşguliyet sırasında hakkında suç iddiası bulunan taraf en hafif şekliyle şüpheli konumundadır. Sonradan hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilse bile haksız soruşturmaya maruz bırakılmıştır. Böyle durumlarda kişinin hakkını kötüye kullandığının ispatı güçtür.

Kişi ispat güçlüğüne kendisi aşmaya kalktığında karşı tarafa karşı suç işlemekte veya birtakım kişilik haklarını ihlal etmektedir. Örneğin, kişi zinayı ispatlamak için karşı tarafın özel hayatına müdahale edemez veya boşanmak istediği eşinin mali kayıtlarını çalarak ticari sırlarını mahkemeye delil olduğundan bahisle sunamaz. Hukuk devleti ilkesi gereğince, kişiyi ispat güçlüklerinden kanunun veya kanunun öngöremediği hallerde hâkimin kurtarması gerekmektedir.

Kanun tarafından ispat güçlüklerinin aşılması için karineler veya ispat ölçüsünün düşürülmesi, ispat güçlüklerini ve hak kayıplarını engeller. TBK'nın 194. maddesi gereğince "*Borç senedi borçluya geri verilmişse, borç sona ermiş sayılır*". Kanunda düzenlenmeyen hallerde ise ispat güçlüğüne aşılması için birtakım tedbirlerin alınması hâkimin görevidir¹⁴¹. Örneğin, bu tedbirler, hâkimin genel hayat tecrübesinden veya vicdani kanaatinden kaynaklanabilir. Karineler ispat güçlüğüne aşmaya yardımcıdır. Hâkim dolaylı ispat faaliyetinden yararlanabilir veya en son tedbir olarak ispat yükünün diğer tarafta olmasına karar verebilir. Tüm bu ispat güçlüklerinin aşılması hallerinde silahların eşitliği ilkesi ve karşı tarafın ispat hakkının zedelenmemesi öncelikli dikkat edilmesi gereken bir meseledir.

c. İspat Hakkını Genişleten Delil Sözleşmesi

Türk hukukunda çoğu uyuşmazlığın çözümlenmesi için senetle ispat kuralı benimsenmiştir. Bu kuralın davalarda ispat güçlüklerine yol açma ihtimali bulunduğu için Yargıtay bu ispat imkânsızlığını aşma amacıyla bazen hukuka uygun olmayan şekilde "hayatın olağan akışı" kavramını veya "güçlü delil" kavramını kullanmaktadır. Yargıtay

¹⁴¹Çiftçi, s. 370-373.

bazı kararlarında¹⁴² güçlü delil kavramına yer vermiştir. Çiftçi'ye göre, kanuni delil sistemini benimseyen hukukumuzda deliller, kesin ve takdiri olarak ikiye ayrılmıştır. Kanun koyucu delillerin değerini hâkimin veya tarafların inisiyatifine bırakmamıştır. Yani üçüncü olarak güçlü delil şeklinde bir ispat aracı bulunmamaktadır¹⁴³. Yazara göre, senetle ispat kuralının sebep olacağı ispat güçlüklerinin aşılmasında gidilebilecek yol, delil sözleşmesi yapılmasıdır. Senetle ispatı gereken her türlü uyumsuzluğun her türlü delille ispatlanabileceği yönündeki bir sözleşme, tarafların ispat hakkını genişleterek senetle ispat kuralının yarattığı ispat güçlüklerini aşmak için kullanılabilir¹⁴⁴.

ç. Kanun Yolları

Tarafların hakkının teslim edilmesi ve güvence altına alınması veya tarafların verilen karara karşı itiraz etmesi de ispat hakkını güvence altına alan yollardan birisidir. Taraflar ispat hakkının ihlal edilmesi karşısında aleyhlerinde verilen kararlara karşı “olağan kanun yolları”na başvurma haklarını kullanabilirler. Dava konusu vakıya karşı kesin hüküm verilmiş olduğu hallerde ispat hakkını etkisiz bırakan yargılama hataları veya hileli hareketlerin bulunması halinde olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesini talep edebilirler¹⁴⁵. Taraflar, ispat kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle hak arama özgürlüklerinin veya adil yargılanma haklarının ihlal edildiği düşüncesinde ise Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna başvurarak yeniden yargılama veya tazminat talep etme hakkına sahiptir. Tüm bu imkânlar kullanılmış yine de taraflarca yargılamanın adil

¹⁴² “Trafik kaydı, işleteni kesin olarak gösteren bir karine değilse de, onun kim olduğunu belirleyen güçlü bir kanıt niteliğindedir. Ancak, İşletenin kayda rağmen başkası olduğu kanıtlanabilir.” (4. HD, 14.4.2003, 2003/14353 E., 2003/4658 K.); “Mahkemece, her ne kadar aynı taşınmazla ilgili olarak görülen Kozan 1. Kadastro Mahkemesi'nin 2001/138 Esas, 2004/7 Karar sayılı dava dosyası ile temyize konu dosyanın tarafları aynı değil ise de, miras yoluyla gelen hakka dayalı olduğundan sözü edilen kararın külli halefiyet yoluyla davacı yönünden kesin hüküm oluşturduğu gerekçe gösterilerek karar verilmiş ise de, temyize konu dosyanın davacısı ...'ın, Kadastro Mahkemesi dosyasında davacı sıfatıyla yer almadığı gibi, Kadastro Mahkemesi dosyasında ... ve ...'ın davayı tereke temsilcisi sıfatıyla açmadığı, bu halde Kadastro Mahkemesi dosyasının davacı ... açısından kesin hüküm oluşturmayacağı, ne var ki aynı taşınmaza yönelik olup, benzer iddialarda bulunulduğundan, eldeki dosya açısından güçlü delil mahiyetinde olduğu...” (16. HD, 07.04.2021, 2018/856 E., 2021/3361 K.); “...dosya içeriği ve toplanan delillerden; miras bırakanın 08.04.1994 tarihinde davalı oğlu ...'ya çekişmeli 3 numaralı bağımsız bölümü satış göstermek suretiyle temlik ettiği, diğer oğlu dava dışı...'a aynı akitle devrettiği 2 numaralı bağımsız bölüm yönünden önceden açılan davanın kabulü sonuçlanıp kesinleştiği ve eldeki dava bakımından güçlü delil teşkil ettiği,...” (1. HD, 29.03.2021, 2020/573 E., 2021/1829 K.)

¹⁴³ Çiftçi, s. 387.

¹⁴⁴ Çiftçi, s. 387.

¹⁴⁵ Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1977, s. 68-69.

olmadığı düşünülüyor ise AİHS'in 6. maddesi gereğince adil yargılanma hakkı kapsamında tarafların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurma hakları bulunmaktadır¹⁴⁶.

İspat hakkının güvence altına alınması bakımından öncelikle mahkemece sözlülük ve doğrudanlık ilkelerine uygun olarak delillerin değerlendirilmesi gerekir. Aksi takdirde delille doğrudan temas etmeyen, tanıkları dinlemeyen Yargıtay'ın delillerin değerlendirilmesi hususuna müdahalede bulunması veya kendisini hüküm veren mahkeme yerine koyarak karar vermesi ayrı bir ispat hakkı ihlaline yol açacaktır. Burada önemli olan kanun yolu denetiminin üç dereceli olması değil, her bir denetim merciinin yetkilerini sınırları içerisinde kullanarak ispat hakkını ihlal etmemesidir.

İspat hakkının az veya çok ihlal edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir. İspat hakkı ya ihlal edilmiştir ya da ihlal edilmemiştir. İşte bu yüzden, ispat hakkının ihlal edildiği her türlü durum adil yargılanma hakkının ihlaline sebep olmaktadır. İspat hakkının ihlali yargılama prosedürü içerisinde adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiği için tarafların mutlak olarak Anayasa Mahkemesi veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru imkânı bulunmaktadır.

HMK'nın 375. maddesinde yargılamanın yenilenmesi koşulları tahdidi olarak sayılmıştır. Kanunda sayılan sebeplerden birinin varlığı halinde ve kesin hüküm verilmiş olmasına rağmen tarafların talebi ile yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilerek yargılamanın yeniden başlatılması mümkün kılınmıştır.

Devletler, bir sözleşmeyi imzalayarak kendisi açısından sözleşmeyi hüküm ifade eder hale getirirken söz konusu sözleşmenin kendi iç hukukundaki yansımalarını bilir. Bu nedenle, Anayasa'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden ayrı olarak yorumlanamayacağı açıktır. İspat hakkının yorumu hususunda AİHS ve AİHM içtihat hukukunun hukukumuza yeknesaklık sağladığı kuşkusuzdur¹⁴⁷.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edildiği tarihten itibaren, adil yargılanma hakkının ihlaline yönelik başvurular yargılama hukuku için ispat hakkının güvence altına alınmasını ve yargılama prosedürünün gelişimini destekler niteliktedir. Bilinmelidir ki; Anayasa Mahkemesi hukuka uygunluk denetimi yapmaz sadece medeni

¹⁴⁶ Çiftçi, s. 388.

¹⁴⁷ Çiftçi, s. 388-416.

yargılamada temel hakların ihlal edilip edilmediğini denetler. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru nedeniyle Mahkeme, “süper temyiz mahkemesi” olarak algılanmamalıdır.

F. İspat Hakkı ve Yargılamanın Süjeleri

Yargılama ile ilişkisi bulunan herkesin ispat hakkı bulunur (taraflar, geçici hukuki koruma talep edenler, çekişmesiz yargı işindeki ilgili ve müdahale yoluyla davaya katılanlar). Öğreti ve yargı kararlarına bakıldığında tüm ispat türleri bakımından tarafların ispat hakkına sahip olduğu muhakkaktır.

İspat hakkı muhatabının veya sahibinin bu hakkına saygı duyulması zorunludur. Öncelikle devlet adına yargı yetkisini kullanan hâkim, yargılama sürecinde ispat hakkını tesis ederek güvence altına almakla yükümlüdür. Bu nedenle ispat hakkına sahip olan kişi, herkesten bu hakkına saygı duyulmasını talep etme hakkına da sahiptir.

Taraflar yargılamaya konu vakıaları ve delilleri ileri sürerken hâkim de davayı aydınlatma yükümlülüğü gereğince tarafların ileri sürdükleri iddiaları ve savunmaları netleştirmeli ve dava malzemesinin dosya içerisine getirilmesine katkıda bulunmalıdır. Buna karşılaştırmalı hukukta taraflar ile hâkimin iş birliği ilkesi denilmektedir¹⁴⁸. Bu ilke, taraflarca getirilme ilkesinin katı şekilde uygulandığı medeni yargılama hukukunda hâkimin yargılamanın etkin şekilde yürütebilmesini sağlayarak, hâkime soru sorma yetkisi vermekte ve bu şekilde gerçeğe ulaşma amacı etkin hale getirilmektedir. Hâkimin yargılamayı sadeleştirmesi, soru sorması ve etkin şekilde yargılamayı yürütmesi ve bunların sağlıklı şekilde gerçekleşmesi taraflarla diyalog kurabilmesine bağlıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan ön inceleme aşamasının varlık sebebi ise bu diyalogun kurulmasıdır¹⁴⁹.

1. Hâkimin Rolü

İspat hakkı dışında medeni yargılama hukukunda en fazla incelenen konu hâkimin rolü ve yargılamadaki fonksiyonudur. Hâkimin ispat hakkının tesisindeki rolünde o hukuk sistemindeki ideolojik yaklaşımlar, hukuk tarihi ve yargılama sisteminin özellikleri

¹⁴⁸**Deren Yıldırım, Nevhis**, “Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, (Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi), s. 817,818.

¹⁴⁹**Çiftçi**, s. 417-420.

belirleyicidir. Dava yönetimi teorisi, yargılama sürecinde hakikate ulaşılması için mahkemenin yargılama kurallarını ve prosedürünü iyi şekilde kullanmasını amaçlamaktadır. Dava yönetimi konusundaki kurallar hâkimin öninceleme aşamasını kontrol altına alarak yargılamanın yürütülmesini sağlamak için belirlenmiştir. Zira taraflarca getirilme ilkesi tarafların mücadelesine dayanmaktadır. Avukatla temsil zorunluluğu bulunmayan yargılama modellerinde hâkimin de pasif konumda bulunması yargılamada adil şekilde karar verilmesini zorlaştıracaktır. Pasif konumdaki hâkimin yönettiği davada tarafların çatışan menfaatleri nedeniyle "oyunu centilmence oynama" larını beklemek hiç gerçekçi değildir. Doğal olarak tarafların kendi menfaatlerini korumak amacıyla kanuna aykırı usuli araçlar veya hileli davranışlarda bulunması kaçınılmazdır. Ancak adil yargılanma hakkı kapsamında hâkimin davaya aktif şekilde müdahalesi oyunun centilmenlik kurallarına uygunluğunu sağlayacaktır¹⁵⁰.

a. Ön İnceleme Aşaması ve Hâkimin Tarafları Sulhe Teşvik Etmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanununda dilekçelerin teatisi aşaması ile tahkikat aşaması arasında ön inceleme aşaması bulunmaktadır. Hâkimin ön inceleme aşamasındaki yetkileri, ispat hakkını davanın başında tesis edilebilmesi için önem taşımaktadır.

Dilekçelerin teatisi aşamasında taraflar dilekçelerinde dayandıkları iddiaları, hukuki sebepleri ve delilleri mahkemeye sunmalıdırlar. Dilekçe teatisi sonlandıktan sonra ön inceleme aşaması başlamaktadır. Ön inceleme aşamasında mahkeme tarafından dava şartları ve ilk itirazlar incelenir, uyuşmazlık konularını tam olarak belirlenir, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemler yapılır, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda taraflar sulhe veya arabuluculuğa teşvik edilir. Tüm bu işlemler, taraflar ve hâkim açısından uyuşmazlığın çözümüne dair yol haritası çıkarılmasıdır. Bu nedenle HMK'nın 137/2. maddesi gereğince, "*Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez*".

Hâkim, HMK'nın 140, 163 ve 189. maddesine göre, delilin kabul edilebilirliği ve caiz olup olmadığı gibi problemleri inceleyerek çözüme kavuşturmalıdır. Örneğin, davacı dava dilekçesinde hukuka aykırı şekilde elde ettiği bir delile dayanmış ve davalı taraf cevap dilekçesinde bu delilin hukuka aykırı olduğunu açıkça ve defalarca belirtmiştir.

¹⁵⁰Çiftçi, s. 423-425.

Hâkim bu hususu görmezden gelmemeli ve delilin hukuka uygunluğunu ön sorun olarak incelemelidir. Zira ortada hukuka aykırı bir delil bulunduğunun erkenden tespit edilmesi taraflara hukuki belirlilik sağlayacak ve usul ekonomisine hizmet edecektir¹⁵¹.

b. Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü

Yargılamanın adil şekilde yürütülmesi ve adaletli bir karar verilmesi yargı faaliyetinin temel amacıdır. Bunun sonucu olarak medeni yargılama hukukunun sosyal amacı, gerçeğe ulaşılması ve doğru hüküm verilmesi olduğundan hâkime davayı aydınlatma yükümlülüğü getirilmiştir¹⁵². Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı hukuk sistemlerinde hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, tarafların iddia ve gösterdikleri delillerde eksiklik veya belirsizlik olması hallerinde bunun giderilerek adil karar verilmesi konusunda hâkime yüklenen bir yükümlülüktür¹⁵³.

Ancak, hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğüne kanun koyucu tarafından sınırlama getirilmiştir. HMK'nın 25. maddesinde "Hâkim iki taraftan birinin söylemediği bir şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen haller dışında hâkim kendiliğinden delil toplayamaz" denilmiştir. Bu sınırlamalar dışında kalan haller ise, HMK'nın 31. maddesinde "*Hâkim maddi ve hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir, soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir*" şeklinde belirtilmiştir.

Yargılamanın adil olması bakımından, hâkim tarafından taraflar arasındaki fırsat eşitsizliklerinin dengelenmesi, bunun yanında tarafların davaya sunmuş oldukları vakıa ve delillerin belirsizlikleri ve eksikliklerinin aydınlığa kavuşturulması gerekmektedir¹⁵⁴. Vakıalarını veya delillerini eksik, belirsiz veya hatalı getiren taraflar arasındaki eşitsizliğin giderilmesi aynı zamanda Anayasanın 36. maddesi ve AİHS'in 6. maddesi gereğince, adil yargılamanın gerçekleşmesi için önemli bir fonksiyona sahiptir.

Etkin hukuki korunma hakkının yerine getirilmesi için hâkimin maddi gerçeği tespit etmesi ve bu tespite en az masrafla, en kısa yolla ve en güvenilir şekilde ulaşılması

¹⁵¹ Çiftçi, s. 437-440.

¹⁵² Meriç, Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 378.

¹⁵³ Simil, s. 1351- 1352.

¹⁵⁴ Meriç, Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 387- 388.

gerekmektedir. Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, usul ekonomisine de hizmet etmektedir. Anayasanın 141. maddesi gereğince, yargılama olabildiğince süratli, ucuz ve basit şekilde sonuçlandırılmalıdır. Hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirmesi adil yargılama için yeterli değildir. Aynı zamanda bu görevi zamanında yerine getirmesi gerekmektedir.

Hâkime davayı aydınlatma yükümlülüğü yüklenmesinin amaçlarından birisi etkin hukuki korunma hakkının yerine getirilmesidir. Bu hususta hukuki dinlenilme hakkının korunmasıyla ilgili en önemli fonksiyon, sürpriz karar yasağıdır. Hukuki dinlenilme hakkının temin edilebilmesi için tarafların ileri sürdüğü vakıa ve delillere ilişkin eksiklik, hata veya belirsizliklerin hâkim tarafından üzerinde durulması gerekmektedir. Unutulmamalıdır ki, yargılamalar karşı tarafı kapana sıkıştırarak tuzaklardan arınmalıdır. Bu nedenle, hâkim tarafları eksik, hatalı veya belirsiz işlemler konusunda uyarmalı ve taraflara açıklama yaptırarak uyuşmazlığı aydınlığa kavuşturmalıdır. Bu husus hukuki dinlenilme hakkı gereğince sürpriz kararlar ortaya çıkmamasını temin edecektir.

Davayı aydınlatma yükümlülüğünün gereklerinin hâkim tarafından yerine getirilmemesi tereddütsüz şekilde hukuki dinlenilme hakkının ihlali olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁵. Uyuşmazlığa ilişkin vakıalar, deliller, hukuki sebepler konusunda tarafların iddia ve savunmaları eksik, hatalı veya belirsiz kalmışsa taraflar ispat ve açıklama haklarını kullanamazlar bu durum sürpriz kararlarla karşılaşmalarına sebep olabilir. Bu nedenle hâkimin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, istinaf ve temyiz sebebi olabilir¹⁵⁶. Hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinin en önemli sebebi, tarafsızlığının şüpheye düştüğü intibası oluşturma endişesidir. Zaten hâkim bu görevi yerine getirirken sınırı aşar ve bir taraf lehine tarafsızlığı ihlal ederse bu durum muhtemelen hâkimin reddi (HMK m. 35/1-a) ile sonuçlanacaktır. Hâkimin sınırı aştığı veya bir taraf lehine tarafsızlığı ihlal ettiğinin saptanması aslında kolaydır. Örneğin, hâkim tarafların ileri sürmediği zamanaşımını hatırlatamaz. Hâkim, re'sen talep etmeye yetkili olmadığı bir delili talep edemez. Ayrıca, bir tarafın gösterdiği delilin hâkimi ikna açısından yetersiz olması halinde tarafa başka delile ihtiyaç duyulup duyulmadığının bildirilmemesi hukuki dinlenilme hakkını mutlak surette ihlal edecektir. Böyle bir durumda taraflar boşuna ispat çabası içinde olacaklardır. Ancak, hâkimin zihninde oluşan gerçek ile

¹⁵⁵**Meriç**, Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 410; **Pekcanitez**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 52.

¹⁵⁶**Meriç**, Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 410.

tarafların göstermek istedikleri gerçek arasında fark oluşacak ve maalesef taraflar sürpriz kararlar karşılacaklardır. Bu gibi hallerde hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ispat süreci zarar görecektir ve ispat hakkı tam olarak kullanılamayacaktır. Bu sebeplerle taraflar haksız şekilde davayı kaybetmişler ve zarara uğramışlarsa ayrıca hâkimin sorumluluğu yoluna başvurabileceklerdir¹⁵⁷.

c. Hâkimin Davayı Sevk ve İdare Yetkisi

Yargılamanın temel sùjeleri olan davacı ve davalı olan taraflar, uyuşmazlığı mahkemeye aksettirdikten sonra mahkeme ile taraflar arasında bir ilişki kurulmaktadır. Bilindiği üzere, hukukumuzda delillere ilişkin taraflarca getirilmesi ilkesi uygulanmaktadır. Taraflar dava konusu ve davanın sonlandırılması konusunda yetki sahibi olsalar da sürecin yürütülmesine ilişkin pek çok yetki mahkemeye aittir. HMK'nın 32. maddesine göre, "(1) Yargılamayı, hâkim sevk ve idare eder; yargılama düzeninin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alır. (2) Okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verilir ve bu dilekçe dosyada kalır. Verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilemez" denilmiştir. Söz konusu madde hükmüne taraflar ve ilgililer uymak zorundadır.

Hâkimin yargılamayı yürütme yetkisi maddi ve şekli anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hâkimin şekli anlamda davayı yürütme yetkisinden duruşma gününün tayini, tebligat işlemlerinin yapılması gibi işlemler anlaşılmalıdır. Tebligatları usulüne uygun yapmak, ilgilileri duruşmaya davet etmek veya delil ibrazı için makul süre verilmesi, hukuki dinlenilme hakkının gereklerindedir. Bu tip işlemlerde oluşan sakatlıklar yargılamanın sonrasını da etkileyecektir. Davanın şekli yürütümü esnasında kötü niyetli delil ibrazının kabul edilmesi veya tam tersi davanın çözümlenmesine yardımcı delil ibrazı talebinin reddedilmesi, tarafların ispat hakkını zedeleyecektir. Bu yüzden hâkim yetkisini kullanırken ölçülülük ilkesi ve taraflar arasında menfaat dengesini gözetmek zorundadır.

Hâkimin maddi anlamda davayı yürütme yetkisi ise davayı maddi anlamda aydınlatmasını ifade eder. Hâkimin dava sürecini etkin şekilde yönlendirmesi ve işaret ettiği hususlar tarafların ispat haklarını eşit şekilde kullanmasını sağlar. Hukuk Muhakemeleri Kanununda ön inceleme aşamasında hâkim ispat, iddia ve savunma

¹⁵⁷ Meriç, Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 411.

malzemelerinin belirsiz veya hukuka aykırı olanlarını ayıklamalı ve uyuşmazlık konusuna etkisi bakımından taraflara yol haritası çıkarmalıdır. Bu husus tarafların ispat haklarını doğru kullanabilmeleri için gereklidir. Türkiye’de hâkimler tarafsızlığının şüpheye düşeceği kaygısıyla bu yetkileri kullanmaktan imtina etmektedir. Ancak hâkimlerin bu yetki ve görevlerini layıkıyla yerine getirmesi tarafların ispat hakkını kullanması bakımından büyük önem arz etmektedir.

ç. Hâkimin Tarafları Dinlemesi ve İsticvap

Tarafların dinlenmesi ve isticvap, tarafların dürüstlük kuralına uygun şekilde ispat haklarını kullanıp kullanmadıklarının saptanması, delillerin doğru ve gerçek olup olmadığının değerlendirilmesi ayrıca hâkimin doğru hüküm verebilmesi için önemlidir. Hâkimin tarafların dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığını teyit edebilmesi için başvurabileceği yol tarafların dinlenmesi ve isticvaptır¹⁵⁸.

d. Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme ilkesini kabul eden sistemlerde hâkimler önüne gelen bilgi kaynaklarını, ispat araçlarını serbestçe değerlendirir. Anayasa’nın 138. maddesi, “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler*” şeklindedir. Bu nedenle hâkim bu değerlendirmeyi Anayasa’nın 138. maddesinde belirlenen ölçütleri kullanarak yapar.

Hâkim, ikrar (HMK m. 188) senet (HMK m. 200), yemin (HMK m. 225) ve kesin hüküm (HMK m. 303) dışında kalan tüm delilleri serbestçe değerlendirir. Görüldüğü üzere HMK’nın 198. maddesinde belirtilen kanuni istisnalar çok geniş uygulama alanı bulduğu için söz konusu madde hükmü kural olmaktan ziyade bir istisna gibidir. Dolayısıyla medeni yargılama hukukunda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi sınırlıdır ve hâkim kesin delillerle bağlıdır. Kanuni delil sisteminin gereği olarak kesin delillerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını hâkim serbestçe takdir etmek yetkisi bulunmamaktadır. Ayrıca kanuni delil sisteminde yer alan delillerin caiz olup olmadığı hususu da hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesini sınırlayan bir husustur. Ayrıca hangi delillerin kullanılıp kullanılmayacağı hususu, tarafların iddialarını hangi tür delillerle

¹⁵⁸Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 382-385.

ispatlayabileceklerini belirlemektedir. Bu da tarafların iddia ve savunmalarını diledikleri delillerle ispatlamalarının önünü kapatmaktadır.

Delilin ikamesinde, elde ediliş şeklinde veya değerlendirilmesinde hukuka aykırılık bulunduğu takdirde, bu yasak delilleri hâkim de serbestçe değerlendiremez. Hukuka aykırılık kavramı her türlü hukuk normuna aykırılık olarak düşünülmelidir. Bu tip yasak deliller aynı zamanda tarafların ispat hakkını da sınırlandırmaktadır. Ancak, taraflar hukuka aykırı olarak elde ettikleri delilleri mahkemeye sunarak hâkime yönelik ikna faaliyetinde bulunmaktadır. Burada hâkimin yapması gereken hukuka aykırı delilin içeriğine vakıf olmaksızın delilin hukuka aykırılığını ön sorun olarak değerlendirmektir. Bu durumun çözülmesi bazen kolay değildir. Yargıtay'ın da bazen bir delil hakkında yaptığı hukuka aykırılık değerlendirmesi esnasında delilin içeriğine ister istemez vakıf olduğu ve sonra o delil dikkate alınmadan karar verilmesini adaletsiz bulduğu duygusal kararları görülmektedir. Hâkimin takdir yetkisinin menfaat ve ölçülülük ilkesine dayanıp dayanmadığının tespiti için hâkim gerekçeli kararında delili neden hukuka aykırı kabul ettiğini veya etmediğini ayrıntılı olarak belirtmelidir¹⁵⁹.

Hâkimin uyuşmazlık dışındaki şahsi bilgilerini hükme esas alamayacağı Hukuk Muhakemeleri Kanununda açıkça belirtilmese dahi hâkim özel bilgileri yani uyuşmazlık dışında edindiği bilgileri hükme esas alamaz. Bu sınırlama tarafların ispat hakkının temini ve tesisine hizmet etmektedir. Yukarıda değinildiği üzere, örneğin, hâkim delilin hukuka aykırılığını ön sorun yapmadan delili inceleyip delile vakıf olduktan sonra söz konusu delilin hukuka aykırı olduğu ortaya çıkarsa bu delil artık hükme esas alınamaz ve zira bu artık hâkimin dava dışı edindiği özel bilgiye dönüşmüştür. Hâkim bu özel bilgiyi hükme esas alamaz. Zira hâkimin şahsi bilgileri hükme esas alması; tarafların ispat hakkı, adil yargılanma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı olmak üzere pek çok hakkı ve ilkeyi ihlal etmektedir¹⁶⁰.

2. Tarafların Rolü

Taraflar yargılamanın başlangıcı, konusu ve sona ermesini belirler¹⁶¹. Medeni yargılama hukukunda tasarruf ilkesinin yanında taraflarca getirilme ilkesi de yer alır. Bu ilkeye göre, uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesi için, davacının talebiyle (talebi haklı

¹⁵⁹Çiftçi, s. 467-471.

¹⁶⁰Çiftçi, s. 471-472.

¹⁶¹Erdönmez, Güray, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, Onikilevha, İstanbul 2017, s. 783.

kılacak iddiaları içermesi gerekmektedir) birlikte mahkemeye başvurması gerekmektedir. Davacı tarafın dayandığı hukuki sebebi göstermesi gerekir. Bundan sonra mahkemenin görevi başlayacaktır.

Medeni yargılama sistemlerinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve taraflarca getirilme ilkesinin olumsuz yönlerini aşmak amacıyla usuli dürüstlük kuralı ve doğruyu söyleme ödevi zorlayıcı bir araç olarak kullanılmaktadır. Kanunu koyucu, dürüst davranmayı ve doğruyu söylemeyi bir yükümlülük olarak düzenlemiştir (HMK m. 29). Tarafların doğruyu söyleme ödevi yargılamanın her aşamasında geçerlidir. İspat hakkının tam ve gereğince tesis edilmesi için tarafların dürüstlük kuralına uyması ve doğruyu söylemesi önemlidir. Bu da tarafların ispat hakkını gerçeğe uygun şekilde kullanması anlamına gelmektedir. Buna göre, taraflar dilekçelerini hazırlarken; iddia ve savunmada bulunurken; delilleri ibraz ederken; islah, davaların birleşmesi, ayrılması gibi usuli araçları kullanırken; geçici hukuki koruma yöntemlerine başvururken; kanun yollarına başvururken dürüstlük kuralına uygun davranmalıdır. Taraflar dava dilekçelerini hazırlarken ve somutlaştırma yüklerini yerine getirmeleri sırasında doğruyu söyleme ödevini yerine getirmelidir.

Tarafların dürüstlük kuralına ve doğruyu söyleme ödevine aykırı hareket ederek gerçeği saptırması ve gizlemesi, adil karar verilmesini engelleyecektir. Bu davranış, ispat hakkının zedelenmesine ve nihayetinde AİHS'in 6. maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu durum ise hakkı ihlal edilen taraf için istinaf veya temyiz sebebi olabilecektir. Bu nedenle, tarafların ispat hakkına ve adil yargılanma hakkına zarar vermemesi için yargılamanın her aşamasında dürüst davranma ve doğruyu söyleme ödevine riayet etmesi gerekmektedir¹⁶². Örneğin, taraflardan birisi hiç de gerekli olmadığı halde sırf karşı tarafı zor duruma düşürmek amacıyla olağanüstü sayıda tanık gösterirse bu durum hem usuli dürüstlük kuralını hem de karşı tarafın ispat hakkını ihlal edebilir. Yargıtay bir kararında, taraflardan birinin alacağını ispat etmek amacıyla 21 adet tanık göstermesinin iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığını belirtmiştir¹⁶³.

HMK'nın 145. maddesi, *“Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa,*

¹⁶² Çiftçi, s. 485-487.

¹⁶³ 4. HD, 29.11.2011, 2010/11075-12684.

mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir” şeklindedir. Bu nedenle taraflar sonradan delil göstermek isterlerse bu taleplerini dürüstlük kuralı içerisinde kullanmalı ve bu talebin yargılamayı uzatma amacı bulunmamalıdır.

Taraflar ispat süreci boyunca her türlü usuli işleme uygun hareket etmek zorundadır. Şöyle ki, Yargıtay’ın eski tarihli ve emsal niteliğinde olan bir kararında; ispat yükü kendisine düşen tarafın iddiasının dayandığı senedin karşı tarafın elinde bulunması ve bu senedin kaybolması halinde, diğer tarafın söz konusu iddianın yalnızca o senetle ispat edileceğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı ve ispat yükü altında olan tarafın başka deliller getirebileceği belirtilmiştir¹⁶⁴.

Zira yukarıda değinildiği üzere, taraflardan biri dava malzemesini ileri sürerken, somutlaştırma işlevini yerine getirirken, ispat faaliyetini gerçekleştirirken usuli dürüstlük ilkesine uygun hareket etmelidir. Bu ilkeye aykırı davranış, karşı tarafın ispat imkânsızlıklarına veya ispat hakkının ihlaline sebebiyet verir. Bu sebeple mahkemenin tarafların dürüstlük kuralına riayet edip etmediğini ciddi şekilde incelemesi gerekmektedir. Ancak HMK’nın 29. maddesinde tarafların bu yükümlülüklerine uymamaları halinin yaptırımsız bırakılmış olması, bu kuralın uygulanabilirliğini güçleştirmektedir. Tarafların davalarına yönelik adil bir karar verilmesi, tarafların adil yargılanma hakkının temini ve ispat hakkının tesisi ancak dürüst davranma ve doğruyu söyleme ödevlerine riayet edilmesine bağlıdır¹⁶⁵. Bize göre, söz konusu ödevlere riayet edilmemesi hususunda bir yaptırım getirilmesi ilkeyi daha fazla uygulanabilir kılacaktır.

3. Avukatın Rolü

Medeni yargılama hukukunda avukatla temsil zorunluluğu bulunmasa da yargılamaların büyük kısmı avukatla temsil edilmektedir. Bu nedenle “oyunu centilmence oynama” kuralı taraflar için olduğu kadar avukatları da kapsamaktadır. İspat hakkının temini ve tesisinde birinci derecede hâkim sorumluluğu ise de, avukat da sorumludur. Bu tazminat ve disiplin cezası sorumluluğudur.

¹⁶⁴ “Davacı, murisinin davalıya borç para vererek ondan senet aldığını, ancak ağır hastalığı sebebiyle hastaneye götürülürken davalının muhafaza edeceğini beyanla murisini kandırıp borçlusu bulunduğu senedi almaya muvaffak olduğunu iddia eylemiştir. Bu iddiaya karşı davalının hadisede şahit dinletilemeyeceğini ileri sürmesi MK’nun 2 nci maddesi hükmün aykırı bir hareket teşkil eder. Bu itibarla varit olan özel daire (4. HD) ilamına uyularak davalıya atfeylediği vakalar davacıya ispat ettirilmek ve davalının iddia veçhile senedi elde ettiği senedi sabit olduğu takdirde esas alacağında (tanıkla) ispat ettirilmesi cihetine gidilmek lazım gelir.” (HGK, 08.10.1958, 4-45/43)

¹⁶⁵ Çiftçi, s. 497, 498.

Kanuna uygun davranmakla yükümlü avukat, müvekkilinin dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü konusunda denetim ve gözetimle görevlidir. Avukatlar kasıtlı şekilde gerçeğe dayanmayan deliller yaratarak veya hukuka aykırı şekilde elde edildiğini bildiği delilleri dava dosyasına sunarak ispat hakkının ihlaline yol açmamalıdır. Avukat uyuşmazlığın çözümüne katkı sağlamayacağını bildiği etkisiz delilleri dava dosyasına sunarak özen yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle müvekkilinin ispat hakkını da ihlal etmiş olur. Bu durumda avukatın mesleki disiplin sorumluluğu, ceza sorumluluğu veya müvekkiline karşı tazminat sorumluluğu doğabilir.

Örneğin, yargılamanın sùjelerinden biri olan avukatın, müvekkilinin hukuka aykırı olarak elde ettiği cinsel içerikli görüntüleri (davanın karşı tarafça kabul edilmemesi halinde) dosyaya delil olarak sunacağını belirtmesi, ceza kanunu bakımından özel hayatın gizliliğini ihlal ve şantaj suçuna vücut verecektir. Ayrıca meslek kurallarının ihlali nedeniyle Baro Disiplin Kurulunda yargılanabilecektir. Bir başka örnek ise, avukatın duruşmalara yersiz mazeret dilekçesi sunarak girmemesi ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma ya da müvekkilinden yazılı bir beyan almadan aleyhe verilen hüküm için kanun yoluna gitmemesi görevi kötüye kullanma suçuna vücut verecektir. Ayrıca avukatın müvekkiline karşı tazminat sorumluluğu doğacaktır. Ayrıca mesleki kusuru nedeniyle Baro Disiplin Kurulunca da bu durum kovuşturulacaktır.

G. İspat Hakkı ile Temel Haklar Çatışması ve Kamu Menfaati

Anayasa ve uluslararası sözleşmelere dayanan ispat hakkı, temelini hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesi, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğü gibi yargısal temel hak ve ilkelerden almaktadır. İspat hakkı çerçeve bir hak olduğu için, bünyesinde barındırdığı ve ispat hakkının ve bunun temelini oluşturan adil yargılanma hakkının diğer temel haklar ile çatışması mümkündür. Burada gündeme gelecek sorun çatışan bu temel haklardan hangisine öncelik verileceği veya bu temel haklar arasında nasıl bir denge oluşturulacağıdır. Bu hususta öncelikle temel haklar arasında herhangi bir üstünlük sıralaması bulunmadığı bilinmelidir. *Sağlam'a* göre, aralarında genel-özel ilişkisi bulunmayan iki temel hak normunun birbiriyle veya bir başka Anayasa hükmü ile

çatışması durumunda çatışan haklar pratik uyuşum ilkesi kapsamında oranlı bir şekilde sınırlandırılarak en uygun çözümün bulunmasına çalışılacaktır¹⁶⁶.

Yani ispat hakkının bir başka temel hak ile çatışması halinde uyuşmazlık öncesi temel bir kural belirlenmesi mümkün değildir. Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında açıklanmıştır¹⁶⁷; “*Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunması, demokratik toplum düzeninin gerekli kaldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içerisinde bulunması zorunludur*”.

Anayasada temel hakların çatışması hali özel bir sınırlama sebebi olarak kabul edilmemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ve öğretide temel hakların çatışması halinin anayasal hakların bir sınırlama türü olarak kabul edildiği görülmektedir. Zira temel hakların çatışmalarının çözümü, devlete yüklenen bir görev olarak kabul edilmektedir. Temel hak çatışmalarının çözümlenmesi için yasama organının kanunlaştırma faaliyeti esnasında, yürütmenin idari işlemleri gerçekleştirdiği esnada, yargının da yargılama faaliyeti esnasında somut olaydaki temel hak çatışmalarını çözümlenmesi gerekecektir¹⁶⁸.

Çatışan temel ilkelerin ne şekilde sınırlandırılacağı “pratik uyuşum ilkesi” ile çözüme kavuşturulmalıdır. Bu ilkeye göre, temel bir hakkın bir başka temel hakla veya Anayasanın başka bir hükmüyle çatışması halinde gerek temel hakkın gerekse Anayasanın koruduğu hukuki değerlerin varlık ve etkilerini en uygun seviyede koruyacak bir çözüm yolu olarak temel hakların birbirini saf dışı etmesine olanak tanımadan oranlı şekilde etkilerini sürmesine olanak sağlanmalıdır¹⁶⁹. Bu halde her bir çatışan temel hak açısından ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak Anayasa'nın 13. maddesine uygun düşecek bir değerlendirme ile çatışan temel hakları dengelemek uygun olacaktır. Ölçülülük ilkesi,

¹⁶⁶ **Sağlam, Mehmet**, Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, AYD, S. 19, 2002, (2001 Anayasa Değişiklikleri), s. 257.

¹⁶⁷ AYM, 01.10.2009, 67/119 (RG 06.11.2010, S. 27751)

¹⁶⁸ **Çiftçi**, s. 568-569.; **Kanadoğlu, Korkut**, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışma ve Uyumlaştırılması, İstanbul 2001, s. 35-38.

¹⁶⁹ **Çiftçi**, s. 569.; **Kanadoğlu**, s. 115-117.

kanunilik ilkesi, hakkın özüne dokunulmaması ilkesi, özel sınırlandırma sebeplerinin mevcudiyeti ve demokratik toplum düzeninin korunması bazı sınırlandırma kriterleri olarak uygulama alanı bulmaktadır.

Kamu menfaati ile ispat hakkı çatışması yaşanabilir. Bilindiği üzere, Anayasa'nın 141. maddesi gereğince; devlet, yargılamaları olabildiğince kısa sürede ve ucuz şekilde sonuçlandırmalıdır. Makul sürede ve ekonomik yargılama yapılması gereği ispat hakkını kısıtlayıcı bir etken olarak düşünülebilir. Ancak burada önemli olan husus bu çatışmanın ölçülülük ilkesine uygun şekilde çözümlenmesidir. Makul sürede yargılanma ve usul ekonomisi ilkeleri aslında ispat hakkını kullanan tarafın en güvenilir ispat araçları ile iddiasını ispatlamasına imkân verir. Ayrıca tarafların ve hâkimin zaman bakımından delillerden uzaklaşmasını engeller. Yani, usul ekonomisi ve makul sürede yargılanma ilkesi ispat hakkının kullanılmasına sınırlar getirmekte ise de tarafların ve hâkimin ispatın sujelerinden ve objelerinden uzaklaşmasını önleyerek ispat hakkına hizmet etmektedir. Yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararları¹⁷⁰ mevcuttur. İspat hakkı; usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkeleri haricinde HMK'nın 28/2 maddesi gereğince kamu menfaati ve güvenliği sebebiyle aleniyet sınırlamasıyla da çatışabilir. Bu durumda ispat hakkının sınırlandırmasının üstün kamu menfaatinin varlığına bağlı olduğu unutulmamalıdır.

II. İSPAT YASAKLARI

A. Kavram

Her hakkın kullanılmasında sınırlar bulunduğu gibi ispat hakkının kullanılmasında da sınırlar bulunmaktadır. Her anayasal hakkın tabi olduğu bir sınırlama rejimi vardır. Bu sınırlama rejiminde hakkın kullanımına müdahale teşkil edecek kurallar belirtilmiştir¹⁷¹. Hakların ve özgürlüklerin eşit şekilde kullanılması eşitlik ilkesinin bir sonucudur. Bu nedenle özgürlük de, paylaşılmıştır ve sınırsız değildir. Bundan yola çıkarak, ispat hakkı da yargılamada her iki tarafa eşit olarak tanınmış ve eşit paylaşılmaktadır Bununla birlikte hiçbir özgürlüğün kullanımı şiddet ögesi içeremez¹⁷². Örneğin, içerisinde tehdit veya şantaj

¹⁷⁰AYM, B. No. 2014/2238, 08.09.2014 tarihli karar; B. No. 2014/15015, 04.10.2017 tarihli karar; B. No. 2014/333, 04.10.2017 tarihli karar; B. No. 2013/474, 09.09.2015 tarihli karar.

¹⁷¹Çiftçi, s. 501.

¹⁷²Kaboğlu, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 3. Bası, Legal, İstanbul 2006, s. 255-256.

barındıran dava dilekçeleri kabul olunmaz (HMK m. 32/2) . Şiddet içeren davranışlar ispat hakkının kullanılmasına yönelik olsa dahi, hakkın bu şekilde kullanılmasına izin verilmez. Ayrıca, Anayasa'nın 14. maddesi ve AİHS'in 17. maddesi gereğince özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı bulunmaktadır. Medeni yargı sistemi de ispat hakkının kötüye kullanılmasına izin vermez. Ayrıca temel hakların kullanılmasında olduğu gibi ispat hakkının kullanılmasında da kamu düzeni bir sınır oluşturmaktadır. Sayılan bu unsurlar çoğu hukuk düzeninde mevcut olup, tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırını oluşturmaktadır.

Medeni yargılamadan daha önce ceza yargılamasında ispat yasakları tartışma konusu olmuştur. Ceza muhakemesinde delilin elde edilmiş biçimi ceza muhakemesinin yetkinliği açısından büyük önem taşımaktadır. Delilin güvenilir olması, adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi toplumun devlete güvenini sağlayan ve kamu vicdanını rahatlatan gerekliliklerdir. Bundan yola çıkarak; medeni yargılamada ispat yasakları, delilin kabul edilmesi, incelenmesi, vakıanın ispatlanması ve hükme esas alınması sırasındaki sınırlamaları ifade etmektedir. İspat yasakları, delillerin hâkim tarafından değerlendirilmesini sınırlayan şekli delil (kanuni delil, kesin delil) kurallarından farklıdır. Yani ispat yasakları, yargılama prosedüründe delilin kabul edilip edilmeyeceğini, yargılama sırasında hâkimin kanaate ulaşırken faydalanıp faydalanamayacağını ele almaktadır. İspat yasakları hususu, delilin kabul edilebilirliği, geçerliliği veya değerlendirilebilirliği konularını içermektedir¹⁷³.

B. İspat Yasaklarının Sınıflandırılması

Medeni yargılama hukukunda yapılan ayırım genel itibarıyla ceza yargılamasında yapılan ayırımı takip etmektedir. Buna göre, ispat yasakları içeriğine ve sonucuna göre iki gruba ayrılmaktadır.

1. İçeriğine Göre İspat Yasakları

Medeni yargılama hukukunda içeriğine göre ispat yasakları; ispat konusu yasakları, ispat aracı yasakları ve ispat yöntemi yasakları olarak üç gruba ayrılmıştır.

¹⁷³Kılıçoğlu, s. 28.

a. İspat Konusu Yasakları

İspat konusu yasağında, mahkeme hangi türden olursa olsun belirli bir vakıa hakkında delil ikame edemez. Dava konusunu oluşturmayan veya tarafların arasındaki uyumsuzluk konusu olmayan deliller değerlendirilemez. Ayrıca özel yaşamla ilgili veya gizli kalması gereken bazı vakıalarda ispat konusu olamaz¹⁷⁴. Örneğin, mahkûmiyet kararındaki vakıa tespitleri hakkında hukuk mahkemesinde bir delil ikame edilemez. Ayrıca, ikrarın kesin hüküm etkisi doğurması da ispat konusu yasağına örnektir¹⁷⁵.

b. İspat Aracı (Delil) Yasakları

Mahkemenin genel olarak ya da belirli bir olayla ilgili belirli bir delili kullanması delil yasakları ile sınırlandırılmıştır¹⁷⁶. Kanunda sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrarın tarafları bağlamayacağı düzenlenmiştir ve bu durumda delil yasağından bahsetmek mümkündür. Arabuluculuk Kanunu'nun 5. maddesi de bu yönde delil yasaklarına örnek teşkil etmektedir. Ayrıca tarafların hukuka aykırı yollardan elde ettikleri deliller de delil yasakları konusu içerisindedir.

c. İspat Usulü Yasakları

Delilin mahkemece elde edilmesi, toplanması ve incelenmesi sürecine ispat usulü denir. Mahkemenin gerçeği araştırırken uygulayacağı ispat usulü kanunlarla ve mahkemenin imkânlarıyla sınırlıdır. Buna göre, mahkeme yasadışı delil kullanarak ispat sonucu veya hukuka aykırı delil elde edemez. Örneğin, mahkeme taraflar dinlenirken tehdit ile hataya düşürme, kötü muamele veya işkence gibi yasadışı usullerle delil elde edemez¹⁷⁷. Mahkeme delili işkence ile elde etmiş olmasaydı söz konusu delili kullanabilirdi ancak delilin elde edilme biçimi Anayasa ile güvence altına alınana temel hak ve özgürlükleri ihlal etmekte ise bu delil yöntemi ve delilin değerlendirilmesi yasaktır¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Pekcanitez, Hakan/Taş Korkmaz, Hülya/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine, Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, C. II, 2017, s. 1593.

¹⁷⁵ Kılıçoğlu, s. 30-31.

¹⁷⁶ Kılıçoğlu, s. 31.

¹⁷⁷ Kılıçoğlu, s. 33; "Mahkemece, hükme esas alınan ses kaydı davacının rızası dışında oluşturulmuş olup bu durum ceza mahkemesi kararı ile de belirlenmiştir. O halde bu şekilde oluşturulmakla usulsüz olarak yaratılmış bu delilin hükme esas alınması mümkün değildir" (3. HD, 14.01.2013, 2012/22755 E., 2013/2 K.)

¹⁷⁸ Pekcanitez/Taş Korkmaz/Özekes/Akkan, s. 1594; "Belirli bir davaya dair olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen

2. Sonucuna Göre İspat Yasakları

Medeni yargılama hukukunda ispat yasaklarının sonuçları bakımından da sınıflandırma yapılmıştır. Sonucuna göre ispat yasakları, delilin incelenmesi yasağı ve delili hükme esas alma yasağı olarak iki gruba ayrılmıştır¹⁷⁹. Sınıflandırma yapılmadığında ise ispat yasaklarının sonuçları bakımından delilin incelenmesi ve hükme esas alınmasını birlikte kapsayan tek bir yasağın delili kullanma yasağı karşımıza çıkmaktadır¹⁸⁰.

a. Delilin İncelenmesi Yasağı ve Delilin Hükme Esas Alınması Yasağı

Delilin incelenmesi yasağı, tarafların gösterdiği ve incelenmesini talep ettiği bir delilin davada ortaya konulmasını engeller ve hâkim o delilin incelenmesi talebini reddeder. Delilin incelenmesi yasağı ile hâkim, gösterilen delili inceleyemediği için delilden ispat sonucu çıkmaz.

Delilin hükme esas alınması yasağı ise, delilin incelemesi yasağına rağmen mahkemece yasağa aykırı olarak o delilin incelenmesi sonucunda ortaya çıkmış olan ispat sonuçlarının hükme esas alınmayacağını ifade eder. Yani hâkim yasağına rağmen inceledi ise o delilin ispat sonuçlarını göz ardı ederek, kararda dikkate alamayacaktır¹⁸¹.

b. Delili Kullanma Yasağı

Delili kullanma yasağı; delilin bir bütün olarak ispat sürecinde kullanılmasını ve hükme esas alınmasını külliyen yasaklar. Türk medeni yargılamasında da ispat yasakları sonuçları bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu hususta, delilin yargılama prosedüründe hiç dikkate alınmaması amaçlanmıştır. HMK'nın 189/2 maddesinde delili kullanma yasağı ifade edilerek, "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*" denilmiştir.

delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki 'kanuna aykırılığın' yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına adil yargılanma hakkını ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir" (AYM, Birinci Bölüm, 19.11.2014, 2013/6183, R.G.: 07.03.2015-29288).

¹⁷⁹Kılıçoğlu, s. 33-34; Kodek, Georg E., Rechtswidrig Erlangte Beweismittel Im Zivilprozess, Wien 1987, s. 136 naklen.

¹⁸⁰Kılıçoğlu, s. 34; Prütting Hans/Gehrlein, Markus, ZPO Kommentar, 2010, § 284 Rn 86 vd naklen.

¹⁸¹Kılıçoğlu, s. 34

Doktrinde, ispat aracı olarak hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delillerin mahkemeye sunulamayacağı, sunulmuşlarsa da mahkemenin o delili hükme dayanak yapamayacağı ve sonuç olarak delilin ispat prosedüründe dikkate alınmayacağı sonucuna varılmıştır¹⁸².

¹⁸²**Kılıçoğlu**, s. 35; **Pekantez, Hakan**, Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009, 789 vd.; **Tanriver, Süha**, Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, TBBD 2006/65, s. 119 vd.; **Yıldırım, M. Kamil**, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 863 vd.; **Tutumlu, Mehmet Akif**, Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2155 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLEN DELİLLERİN

KULLANILMASI VE BUNA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

I. HUKUKA AYKIRI DELİL KURAMI

A. Tarihsel Gelişim

Geçmişte suçların aydınlatılması amacıyla hiçbir sınırlamaya bağlı kalınmamasının birçok kez kişisel ve toplumsal değerlerin ihlaline yol açmış olduğu bilinmektedir¹⁸³.

Ceza muhakemesi üç ana tarihsel sistem etrafında şekillenmiştir. Bunlardan ilki “İtham” sistemidir. İtham sistemi, Roma İmparatorluğu döneminde Roma Hukukunda yer almıştır. Suçtan zarar gören veya mağdur, kendisine karşı haksız fiili gerçekleştiren kişiyi delilleri de kendisi getirmek suretiyle dava etmektedir. Bu sistemde bireyler haksız fiilleri dava etmezse haksız fiiller cezasız kalmaktır. O dönemde hukuka aykırı delil ve delil yasağı kavramı bilinmemektedir. İkinci sistem “Tahkik” sistemidir. Bu sistem ortaçağda engizisyon mahkemesince kullanılmıştır. Bu sistemde yargılamada mahkemenin kabul ettiği deliller kullanılmaktadır. Mahkemeyi oluşturan hâkimler hem iddia hem de yargı makamında bulduklarından çelişmeli yargılama söz konusu değildir. Bu nedenle savunmaya önem verilmediği ve işkencenin de yaygın bir sorgulama yöntemi olduğu bilinmektedir. Bu dönemde hukuka aykırı delil ve yasak delil kavramları bilinmemektedir. Dönemin esas delil elde etme yöntemi ise bugün mutlak şekilde hukuka aykırı kabul edilen işkencedir.

Son olarak, tahkik sistemine Fransız İhtilalinden sonra verilen reaksiyon sonucu ortaya çıkan ve bugün de geçerli olan işbirliği sistemi; İddia, savunma ve yargı makamlarından oluşmaktadır. Delil serbesliği ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi geçerlidir. Kıta Avrupasına hâkim olan bu sistemin işleyişi, devletin hukuk devleti ilkesine ne kadar bağlı olduğuyula orantılıdır. Günümüzde, ceza muhakemesinde insan onuruna zarar vermeden maddi gerçeğe ulaşma amacı hâkimdir. İnsan hakları ihlal edilerek ulaşılan

¹⁸³Gedik, Doğan/Mahir, Topaloğlu, Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 193.

gerçeğin insanlık adına kabul edilebilir olmadığı anlayışı egemenlik kazanmıştır¹⁸⁴. Bu nedenle herhangi bir delilin ispat aracı olarak kullanılabilmesi için hukuka uygun şekilde elde edilmesi gerekmektedir¹⁸⁵.

Hukuka aykırı delil ve delil yasağı kavramları ilk kez Ernst von Beling tarafından 1903 yılında gündeme getirilmiştir¹⁸⁶. Yazar, maddi gerçeğe ulaşma amacını ön planda tutmakla birlikte, delil yasakları yoluyla korunması gereken sanık ve tanıkların kişilik haklarından ve aile ilişkilerinin korunması gibi hukuki yararlarından bahsetmiştir. Yazara göre, delil yasakları yoluyla sanığa üç şekilde koruma sağlanmaktadır. Bunlar; söz konusu delil muhakeme sürecinde ileri sürülmelidir, yasadik delil karara esas oluşturmamalıdır, eğer yasadik delil karara esas oluşturduysa da karar her halde bozulmalıdır. Beling'in bu düşüncesi süreç içerisinde Alman Ceza Muhakemesi hukukunda ve Kıta Avrupasındaki diğer ülkelerin ceza muhakemesinde kendisine yer bulmuştur¹⁸⁷.

Ülkemizde ise hukuka aykırı deliller, ilk kez 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla, CMUK'un 254. maddesine eklenen ikinci fıkraya ile mevzuata dâhil olmuştur. Söz konusu eklenen "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı bir şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*" şeklindeki hüküm ceza muhakemesi uygulamasında bir süre kararsızlığa yol açmıştır. Hukuka aykırı delillerin dosyadan çıkarılıp çıkarılamayacağı, hukuka aykırı deliller yoluyla elde edilen diğer delillerin (zehirli ağacın meyvesi) hukuki durumları ve geçerliliği gibi konular yoğun olarak tartışılmıştır. Söz konusu hususları aydınlatmak amacıyla; 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunun 15. maddesi ile Anayasa'nın 38. maddesinde yapılması yoluna gidilmiştir. Anayasa'nın 38/6 maddesine "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*" hükmü eklenmiştir.

4709 sayılı Kanunun gerekçesinde, "*1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın; uygulamada olduğu dönem içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve yeni siyasi açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gereği doğmuştur. Ayrıca Avrupa Birliğine tam üyelik sürecinde, ekonomik ve siyasi kriterlerin karşılanması, bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının ön şartı olarak Anayasada bazı*

¹⁸⁴Dülger, s. 56-58.

¹⁸⁵Gedik/Topaloğlu, s. 169.

¹⁸⁶Demirbaş, Timur, Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 299.

¹⁸⁷Dülger, s. 58.

değişikliklerin yapılması da kaçınılmazdır. Bu teklif toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek, çağdaş-demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön plana çıkaran bir Anayasa değişikliğini hedeflemektedir” denilmiştir. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin sadece ceza yargılamasında değil tüm hukuk düzeni bakımından hüküm ifade ederek anayasa yargısı, medeni yargılama, idari yargı, askeri yargılama hatta disiplin soruşturmalarını temelden etkilediği açıktır.

CMUK’un 254/2 maddesi sadece soruşturma ve kovuşturma makamlarını ilgilendirmesine rağmen; söz konusu maddenin Anayasaya dâhil edilmesinden sonraki süreçte Anayasanın herkesi bağladığı dikkate alındığında; resmi sıfatı bulunmayan kişilerin elde ettikleri deliller de hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, Anayasa’nın 38/6 maddesinde delil değil de bulgu kelimesi kullanılarak, kanuna aykırı şekilde elde edilmiş ve henüz delil vasfını kazanamamış tüm izler, eserler ve belirtilerin de artık delil olarak nitelendirilemeyeceği açıklığa kavuşturulmuştur. Anayasadaki bu kelime seçimi ile zehirli ağacın meyvesi tartışmasına da son verilmiştir.

Türk medeni yargılama hukukunda, mülga HMUK’da hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delili kullanma yasağı ile ilgili açık yasal bir düzenleme bulunmamaktaydı. 12.01.2011 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı HMK’nın “İspat hakkı” başlıklı 189/2 maddesi “*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamaz*” şeklinde düzenlenerek nihayet bu konuda açık bir delil yasağı öngörülmüştür. Madde gerekçesinde “*ikinci fıkra ile ispat hakkının delillere ilişkin yönünün hukuki çerçevesi çizilmiştir. Bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş deliller olması esası getirilmiştir. Hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmiştir. Yargılama esnasında delillerin elde edilme biçiminin mahkeme tarafından kendiliğinden göz önüne alınması ve delillerin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülme dahi mahkeme tarafından caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir*” denilmiştir.

Ayrıca idari yargılama usulünde de hukuka aykırı delil yasağı ilkesi geçerlidir. 2577 sayılı İYUK’un 31. maddesi delillerin tespiti hususunda HMK’nın 189/2. maddesine atıf yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi disiplin suç ve cezalarının hukuki niteliği konusunda

değerlendirme yapmış ve disiplin cezalarının da Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında olduğuna karar¹⁸⁸ vermiştir.

Kaldı ki; kanuna aykırı delil yasağının Anayasada yer almasından önceki dönemde, Anayasa Mahkemesi, bir siyasi parti kapatma davasında sunulan hukuka aykırı delilleri dikkate almamış ve *“Yargı yerlerince uyumsuzluk konusu eylem veya hukuki olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasında bir kanıtlama aracı olan delilin, hükme esas alınabilmesi için yasalarla kullanılmasına izin verilmesi gerekir...Delilin elde edilmiş biçimi, kişilerin Anayasa ile tanınmış haklarını ihlal ediyorsa onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekir...Özet olarak Türk hukuk sisteminde ‘hukuka aykırı şekilde’ elde edilen deliller hiçbir şekilde kullanılamaz. Hukuka aykırılıktan kasıt ise tüm pozitif hukuk kuralları ile birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılıktır. Bu anlamıyla ‘hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller’, ‘yasal olmayan yöntemlerle elde edilen deliller’ kavramından yani ‘yasa dışılıktan’ da geniş bir içeriğe sahiptir¹⁸⁹.”* değerlendirmesi yapmıştır. Üçüncü kişiler tarafından getirildiği belirtilerek iddianameye eklenen telefon konuşma kaydının, yasalara aykırı biçimde ve Anayasada düzenlenen haberleşme özgürlüğü ihlal edilerek elde edildiğini vurgulamış ve hukuk düzeninin böyle bir delile itibar edemeyeceğine yönelik karar vermiştir.

AİHS’de delillerin sunulması, kabulü ya da değerlendirilmesi konularında düzenleme bulunmamaktadır. AİHM delillerin iç hukuk sistemine göre değerlendirileceğini kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, Sözleşmenin 8. maddesi ile koruma altına alınan özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkının ihlali ile delil elde edilmesini söz konusu hakkın ihlali olarak kabul etmektedir. Bu şekilde elde edilen delillere dayanarak yapılan yargılamaların adil yargılanma hakkının da ihlaline yol açabileceğini belirtmektedir.

B. Hukuka Aykırılık Kavramı

Hukuka aykırılık kavramı, hangi delillerin hukuka aykırı delil olarak kabul edileceği bakımından son derece önemlidir¹⁹⁰. Hukuk düzeninin koyduğu emir ve yasaklara aykırı

¹⁸⁸ AYM, 04.04.1991, 1990/12 E., 1991/7 K.

¹⁸⁹ AYM, 22.06.2001, 1999/2 E., 2001/2 SPK.

¹⁹⁰ Çınar, Ali Rıza, Hukuka Aykırı Kanıtlar, TBB Dergisi, S. 55, 2004, s. 35; Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 77.

davranışlara hukuka aykırılık denilmektedir¹⁹¹. Hukuka aykırılık hallerinde eylemin hukuk sistemi tarafından korunan hak ve yararlar saldırısı ve eylemin kendisi hukuk düzeni tarafından korunmamaktadır.

Ceza hukuku özelinde suçun oluşması için bulunması gereken ana unsurlardan biri hukuka aykırılıktır. Ancak bu kavram sadece ceza hukukuyla sınırlandırılmaz. Hukuka aykırılık kanuna aykırılıktan daha geniş bir içeriğe sahiptir¹⁹². Bir eylemin suç teşkil etmesi için tüm hukuk düzeniyle çelişki halinde bulunması şarttır¹⁹³. Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulu¹⁹⁴, “ ‘Yasa dışılıktan’ daha geniş bir içeriğe sahip olan hukuka aykırılık kavramının çerçevesi ve kapsamı oluşturulurken, pozitif hukuk metinlerine ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık bulunup bulunmadığı da gözetilmeli ve aykırılığın varlığı halinde hukuka aykırılığın varlığı kabul edilmelidir.” şeklindeki ifadesiyle hukuka aykırılığın, pozitif hukuk metinleri ile sınırlı olmayıp, evrensel uygulamaya kavuşmuş hukuk ilkelerini de içerdiği açıklanmıştır.

C. Delil Elde Etme Fiili

Delil elde etme fiili, ancak insanın irade ürünü olan bir davranış ile gerçekleşmektedir. Delil elde etme fiilini gerçekleştiren kişinin davanın tarafı veya bir üçüncü kişi olması fark etmemektedir. Ayrıca delil elde eden tarafın gerçek kişi veya devlet organı olabilmesi de mümkündür.

HMK’da deliller konusunda bir sınırlandırma bulunmadığı gözönüne alındığında, delil yasağı hükmünde “deliller” ifadesi ile kanunda düzenlenmiş ve kanunda düzenlenmeyen diğer deliller kastedilmektedir. Yani amaçlı bir davranışın bulunması bu davranış ile hedeflenen amaca (delil elde etme) ulaşılması arasında illiyet bağı bulunması

¹⁹¹“Hukuka aykırılık fiil hakkında objektif olarak hukuk normlar açısından yürütülen değer yargısıdır. Fiil ile hukuk normları arasında bir çatışma bir uyumsuzluk varsa, fiil hukuka aykırıdır.” **Kaneti, Selim**, Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s. 24.

¹⁹²“Hukuka aykırılık en başta ulusal hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, Anayasa’ya usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, yasalara, kanun hükmündeki kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihatı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve hukukun genel ilkelerine aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.”**Ateş, Mustafa**, Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller, THD (Terazi Hukuk Dergisi), Şubat 2008, S. 18, s. 89 vd., s. 94. naklen; **Şen, Ersan**, Türk Ceza Yargılaması Hukuku’nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998, s. 15.

¹⁹³**Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 221.; **Dönmezer, Sulhi**, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003, s. 144; **İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsun/Özgeç, İzzet/Sözür, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener**, İçel-Suç Teorisi, 2. Kitap, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004, s. 93-94.

¹⁹⁴YCGK, 29.11.2005, 2005/7-144 E., 2005/150 K.

gerekmektedir. Hukuka aykırılık, delilin elde edilmesi fiilinin bir niteliği olduğu için delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık var ise delili kullanma yasağıyla karşılaşılmaktadır. Bu şekilde bir belgenin çalınması, gizli video veya ses kaydı gerçekleştirilmesi, kişinin dinlenmesi veya gözlenmesi hukuka aykırı delil elde etme fiilleri içerisindedir.

Ç. Hukuka Aykırı Delil Kavramı

Bir ceza muhakemesi normuna ve eğer bu şekilde özel bir normun varlığı kabul edilmezse ceza muhakemesi dışında kalan diğer bir norma, ihlalin derecesi ve önem ayrımı yapılmaksızın aykırı davranma veya bu normların kapsamı, amaçları dışına çıkmak suretiyle elde edilen deliller ve bu delillere dayanılarak elde edilen diğer delillere hukuka aykırı deliller denilmektedir¹⁹⁵. Hukuka aykırılık kavramını geniş çerçevede ele almak gerekmektedir. Dolayısıyla sadece delilin elde edilmesi ile ilgili kurallara aykırı davranıldığı için değil, elde edilmiş biçimiyle de suç teşkil eden deliller de hukuka aykırıdır¹⁹⁶.

Hukuka aykırılık kavramının amacı, içeriği ve özellikleri; ceza muhakemesi hukuku ile ceza hukuku arasında farklılıklar göstermekte ve farklı anlamlar ihtiva etmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda hukuka aykırılığın kapsam ve sınırı belirlenerek hangi delillerin hukuka aykırı sayılacağı tespit edilirken; ceza hukukunda, bir fiili suç olmaktan çıkaran hukuka uygunluk nedenleri tespit edilmektedir¹⁹⁷.

Medeni yargılamada ise ceza yargılamasında delil elde etme yasaklarından farklı olarak usuli bir kategori söz konusu değildir. Bu nedenle medeni yargılamada hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk sebepleri delilin elde edilmesi fiili hakkındaki değer hükmü bakımından belirleyicidir¹⁹⁸. Delil elde etmenin hukuka aykırı veya hukuka uygunluğunun tespiti yapılırken olası delil elde etme güçlüğü, delil elde etme fiili gerçekleştirilirken fiilin hukuka uygun olup olmadığı ve delil elde ederken ispat hakkıyla çatışan diğer hak ve özgürlüklerin maddi hukukun hukuka uygunluk kalıpları içerisinde incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca, hukuka aykırı delil elde edilmesi mevcut bir delil elde etme güçlüğünden veya delil yoksunluğundan kaynaklanmayabilir. Delil elde etme saiki olmaksızın veya tesadüfen delil elde edilmesi de söz konusu olabilir.

¹⁹⁵Şen, s. 23 vd.

¹⁹⁶Şen, s. 9

¹⁹⁷Şen, s. 11.

¹⁹⁸Kılıçoğlu, s. 41.

Ceza yargılamasında ve medeni yargılama hukukunda maddi gerçeğe ulaşılması amaçlanmaktadır¹⁹⁹. Bundan dolayı medeni yargılama ile ceza yargılaması arasında büyük farklılıklar mevcut değildir²⁰⁰. Ancak, medeni yargılama hukukunda taraflarca veya üçüncü kişilerce hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılabilirliği tartışılırken, ceza yargılamasında ise delil elde etme yasaklarının kamu organlarınca ihlal edilerek elde ettikleri delillerin kullanılabilirliği tartışılmaktadır.

Gerçeğe ulaşmada riayet edilmesi gerekli ilkeler gözönüne alındığında ilk kural, hukuki olmayan yolların dışlanmasıdır. Kuralın geçerliliği, delil elde etme yöntemleri bakımından da söz konusudur. Ceza yargılamasında ve medeni yargılamada amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olsa da “her şeye rağmen gerçeğe ulaşılması” şeklinde yapılacak değerlendirmeler kabul edilebilir değildir. Unutulmamalıdır ki; maddi gerçeğe ulaşmak için dahi feda edilemeyecek bazı haklar, amaca ulaşamama pahasına olsa da korunması gereken “insan hakları” olarak adlandırılan daha yüksek menfaatler bulunmaktadır.

Hukuka aykırı şekilde delil elde edilmesi, söz konusu delilin ikamesi ve mahkeme tarafından değerlendirmesi yasakları delil yasakları kapsamının içerisinde yer almaktadır²⁰¹. Delillerin bazıları, temsil edicilik vasfını taşımalarına rağmen yasaklanmıştır. Bazı deliller konuları bakımından, bazıları insan haklarının ve Anayasal temel hakların korunması bakımından, bir kısmı ise elde edilmesinde kullanılan yöntemler bakımından yasaklanmıştır²⁰². Ancak hukuka aykırı delil, sadece delil elde etme yasağının ihlali ile oluşmaz. Bir suçun işlenmesi suretiyle elde edilen delil de hukuka aykırı delil olur²⁰³. Delillerin toplanması esnasında hukukun sınırları içerisinde kalınmıyorsa hukuka aykırı yöntemler kullanılarak delil toplanıyorsa delil elde etme yasakları söz konusu olmaktadır. Bu yöntemlerin neler olduğuna ilişkin medeni yargılamada açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bir delilin, delil değerlendirme yasağı içerisinde girmesi için kanunda açıkça düzenlenmesine gerek de bulunmamaktadır. Somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılarak elde elden delilin değerlendirme yasağı kapsamı içerisinde bulunup bulunmadığı belirlenebilir. Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile diğer

¹⁹⁹Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 47-52;

²⁰⁰Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 52;

²⁰¹Gedik/Topaloğlu, s. 208.

²⁰²Ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 590;

²⁰³Dülger, s. 67; Centel, Nur/Hamide, Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013, s. 653, 654.

birtakım hakların ispat hakkı sınırlarını oluşturacağı hallerde hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılamaması olarak belirlenebilir. Zaten yargılama esnasında ispat hakkı çerçevesinde getirilmek istenen delillerin elde edilme yöntemleri incelendiğinde, çoğu durumda bu yöntemlerin özel hayatın gizliliğine ve diğer temel haklara müdahale edilerek elde edildiği veya bu haklarla çatıştığı anlaşılmaktadır.

D. Delil Yasaklarının İşlevi ve Dayanağı

Delil yasaklarının ilk olarak işkenceyle mücadele için kullanıldığı gözönüne alındığında en eski işlevinin maddi gerçeğe ulaşmak olduğu anlaşılmaktadır. İşkence ile elde edilen delillerin maddi gerçeği yansıtmayacağı tartışmasızdır. Günümüzde artık neye mal olursa olsun gerçeği bularak suçluyu cezalandırma yöntemi geçerliliğini yitirmiştir. Artık suçu ve suçluyu bulurken hukuk kuralları içerisinde kalarak kişi hak ve özgürlüklerine riayet ederek yargılama yapmak ve çağdaş hukukun amaçlarına bağlı kalmak önemlidir. Toplumun çıkarı suçun failinin ortaya çıkarılmasıdır. Bireyin çıkarı ise suçsuz yere cezalandırılmamasıdır. Bu nedenle toplumun ve bireyin çıkarlarını bağdaştıran ceza muhakemesi sisteminin ideal olduğu kabul edilmektedir.

Delil yasaklarının işlevinin soruşturma görevlilerini disiplin altında tutarak aşırı uygulamaların önüne geçmek mi yoksa insan hakları, temel hak ve özgürlükleri korumak mı olduğu konusunda öğretiler tartışmalar bulunmaktadır. Türk hukukunun dâhil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde, delil yasaklarının işlevi insan hakları, temel hak ve özgürlüklerin korunması yönündedir; Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise bu işlevin kolluk görevlilerini disipline etmeye yönelik olduğu ifade edilmektedir. Ancak soruşturma görevlilerini disipline etmeye yönelik kurallar ve bu kuralları oluşturan mahkeme kararlarının dayanakları Common Law ve ABD Anayasasının 4,5, 6. ek maddelerinde bulunmaktadır. Söz konusu içtihatlar ve ek maddelerle aslında bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlanmaktadır. Kolluk görevlilerinin disiplin altına alınmasının amacı soruşturma aşamasında bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinin önlenmesi ve soruşturma yapan kolluğu hukuka aykırı işlemlerden vazgeçirerek temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Aslında Anglosakson hukukundaki delil yasaklarının özü de Kıta Avrupa hukuk sistemindeki delil yasaklarının

işlevi açısından bir fark bulunmamaktadır²⁰⁴. Bu nedenle amacın aynı, ama yöntemlerin farklı olduğunu düşünmekteyiz.

Delil yasaklarının asıl işlevi insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır. Bunun yanında delil yasağının varlığından söz etmek için mutlaka bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmiş olmasına gerek bulunmamaktadır. Kanun sadece hukuka uygun elde edilen delillerden söz ettiği için bir insan hakkı veya temel hak ve özgürlüğün ihlali söz konusu olmaksızın kanun hükmü ihlal edilerek de delil elde edilmesi mümkündür. Bu şekilde elde edilmiş delil de elde edilişi bakımından kanuna ve hukuka aykırı şekilde elde edildiğinden dolayı delil olarak değerlendirilemeyecektir²⁰⁵. Delil yasakları, maddi gerçeğin araştırılmasında ve delillerin değerlendirilmesinde sınırları çizerek devletin ve kişilerin gereksiz veya aşırı müdahalelerine karşı bireylerin haklarının güvence altına alınmasını sağlar.

HMK'nın uygulama alanı bulduğu tüm yargılamalarda delil yasakları uygulama alanı bulacaktır. Delil yasakları çekişmeli ve çekişmesiz yargıda; hem yazılı yargılamada hem de basit yargılamada uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca, geçici hukuki himaye tedbirlerine ilişkin taleplere de delil yasakları uygulanmaktadır. Yargılama dâhilinde bir ara kararla neticelendirilmesi gereken ön sorunlarda veya hâkimin reddi gibi konularda bu yasağın uygulama alanı bulmuştur. Ancak bu durumun bazı istisnaları mevcuttur. Şöyle ki; HMK'nın 189/f. 2 maddesindeki delil yasağı hükmü, iç tahkim yargılamasında, taraflar aksini kararlaştırmadıkça uygulama alanı bulamayacaktır. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununda da tahkim yargılama usulünün belirlenmesinde, iç tahkimde olduğu gibi taraf egemenliği kabul edilerek, HMK'daki delil yasağı hükmü, taraflar sözleşmeyle aksini kararlaştırmadıkça uygulama alanı bulamayacaktır. Arabuluculuk gibi alternatif çözüm yollarında özel yasal düzenleme bulunmadığı müddetçe delil yasakları hükmü de uygulama alanı bulmayacaktır.

Medeni yargılamada hukuka aykırı şekilde elde edilmiş özel ve kişisel bilgiler, özellikle boşanma ve velayet davalarında yoğun bir şekilde kullanılmak istenilmektedir. Hukukumuzda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına dair fazlaca hukuki dayanak mevcuttur. Bunlar, özel hayatın korunmasına ilişkin AİHS'in 8. maddesi ve Anayasa'nın 20. maddesi, Anayasa'nın konut

²⁰⁴Dülger, s. 71-72.

²⁰⁵Dülger, s. 71-72.

dokunulmazlığının korunmasına ilişkin 21. maddesi ve haberleşme özgürlüğünün korunmasına ilişkin 22. maddesi, özel hayatın korunmasına ilişkin TMK'nın 23. ve 24. maddesi, silahların eşitliği ilkesi ve adil yargılanma hakkına ilişkin AIHS'in 6. maddesi ve Anayasa'nın 36. maddesidir. Ayrıca hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması halinde özel hayatın, haberleşmenin gizliliği ve konut dokunulmazlığına ilişkin TCK'nın 132-135 maddeleri ve 116. maddesi uygulanacak yaptırımları düzenlemektedir²⁰⁶.

E. Mutlak ve Nispi Hukuka Aykırı Delil Ayrımı

Delil elde edilirken belirli kurallar bulunmaktadır. Bu kurallar ihlal edilerek elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği veya muhakeme sonunda verilen hükme esas alınıp alınmayacağı mutlak bir yasak mıdır? hususu tartışılmaktadır.

Anglosakson hukuk sistemi ve Amerikan ceza muhakemesi hukukunda, delillerin elde edilme yöntemleri mahkeme kararlarıyla sıkı bir şekilde belirlenmiş ve sınırlandırılmıştır. Bu kuralların dışına çıkılarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılması mümkün değildir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde ve Alman ceza muhakemesi hukukunda ise, çeşitli teoriler ve ölçütler geliştirilmiş olup, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsa da söz konusu delillerin kullanabileceği kabul edilmiştir. Yani bu hukuk sisteminde delil elde etme yasağı her durumda delil değerlendirme yasağına yol açmamaktadır²⁰⁷.

Hukuka aykırı delillerin hangilerinin değerlendirme yasağı kapsamında olduğunun iki türlü ayrımı bulunmaktadır. Bu ayrımın esası özel hukukta hakların mutlak ve nispi olarak gruplandırılmasına dayanmaktadır²⁰⁸. Mutlak değerlendirme yasağı olarak adlandırılan ayırım da tüm hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasaklanmıştır. Belirlenmiş olan kurallara uyulmadığı takdirde, değerlendirme yapılmaksızın hukuka aykırı delillerin kullanılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Nispi değerlendirme yasağında ise bazı hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine bazılarının ise değerlendirilmemesine olanak tanınmıştır²⁰⁹.

²⁰⁶Çiftçi, s. 681.

²⁰⁷Dülger, s. 75.

²⁰⁸Ünver, Yener/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II, 7. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 166.

²⁰⁹Centel/Zafer, s. 693.

Mutlak değerlendirme yasağında, hukuka aykırı delilin koruduğu hak ve yarar dikkate alınmamaktadır. Hukuka aykırı delilin ispat değerine de bakılmaksızın, bu şekilde elde edilen deliller muhakemenin hiçbir aşamasında hiçbir şekilde dikkate alınmamaktadır. Nispi değerlendirme yasağında ise, kanun koyucu bazı hukuka aykırı delilleri doğrudan değerlendirme yasağına tabii tutmuştur. Bu deliller değerlendirilemez. Ancak kanun koyucunun değerlendirme yasağı kapsamında bulunup bulunmadığını açıkça belirtmediği hukuka aykırı delillerin varlığı halinde ihlal edilen hak ve yarar ile maddi gerçeğe ulaşma amacından hangisinin daha ağır bastığı saptanmaya çalışılarak somut olaya göre, kişinin çıkarıyla toplumun çıkarı arasındaki denge sağlanmaya çalışılmaktadır²¹⁰.

F. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Anayasamız temel hakların kullanımı için sınırlar belirlemiştir. İspat hakkının temelinin hak arama özgürlüğü olduğu düşünüldüğünde, Anayasa'nın 36/1 maddesi ile *“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”* hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle ispat hakkının kullanılmasının sınırını “meşru vasıta ve yollardan” elde edilen deliller oluşturmaktadır. Bununla birlikte bazı hallerde bir delilin hukuka aykırı kabul edilme zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran birtakım unsurlara hukuka uygunluk sebepleri denilmektedir. Hukuka uygunluk sebepleri, onay, meşru savunma, üstün yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması olarak sayılmaktadır²¹¹.

Kişinin iddia ettiği vakıyı ispatlamak amacıyla kullanacağı delilin bozulma, kaybolma, tahrip olma ihtimali gibi haller delilin tehlikede olduğunu ifade eder. Bu nedenle kişi mahkemeye başvurarak delil tespiti talep edebilir. Ancak bazen kişinin bu yola başvurması için yeterli zamanı bulunmayabilir. Bu tip hallerde ise kişiye kullanacağı delili koruyabilme hakkı tanınarak, karşı tarafın egemenlik alanına yapacağı müdahaleler yasal sayılmalıdır. TBK'nın 64/3 maddesinde *“Hakkını kendi gücüyle korumak durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa verdiği zarardan sorumlu tutulamaz”* denilerek kişinin kendi hakkını kendisinin koruması düzenlenmiştir. Kişinin kendi hakkını

²¹⁰Centel/Zafer, s. 692; Dülger, s. 76.

²¹¹Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Genişletilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 288-289.

kendisinin korunması için aranan unsurlar²¹² incelendiğinde, meşruiyet sebeplerinin ispat hukukunda da uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bunlar;

1. Bir hakkın korunması söz konusu olmalıdır. Güce başvuran kimse, bunu bir hakkını korumak amacıyla yapmalıdır²¹³.

2. Yetkili organların zamanında müdahalesi mümkün olmamalıdır. Yetkili organ olarak, mahkeme, kolluk, icra memuru gibi kamu makamları anlaşılmalıdır²¹⁴.

3. Hakkın korunması için başka bir imkân mevcut olmamalıdır. Güce başvurulmadığı takdirde, hakkın kaybolması veya kullanımın önemli ölçüde zorlaşması ihtimali bulunmalıdır²¹⁵.

4. Güç kullanma uygun ve dengeli olmalıdır. Kullanılacak kuvvet ile ihlal edilecek menfaat ve korunacak menfaat arasında bir denge bulunmalı ve korunan hukuki menfaat daha üstün konumda bulunmalıdır²¹⁶.

Bu unsurlar gerçekleştiği takdirde yapılacak müdahale hukuka uygun kabul edilerek, delil hukuka aykırı kabul edilemeyecek ve yargılamada kullanılacaktır. Ancak yine de hakkın korunması için başvuru aracının ölçülü olması gerekmektedir. Keza Ceza Genel Kurulunun bir kararında²¹⁷ “*Hâkim, adliye memuru ve turizmci sanıkların Yargıtay Hukuk Dairesince onanarak kesinleşmiş olan bir kararın tashihi karar yoluyla bozulmasını sağlayacaklarını söyleyerek katılandan yarar sağladıklarından bahisle yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçundan cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmıştır. Müdahil; İcra Hukuk Mahkemesinin dosyasında aleyhine verilen kararın tashihi karar aşamasında Yargıtay'da lehine dönüştürebileceklerinden bahisle sanıkların kendisinden para istediklerini ileri sürüp şikâyetçi olmuş, kanıt olarak cep telefonu ile kayıt ettiği ve taraflara ait olduğunu iddia ettiği konuşmalara dayanmıştır. Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY'nin 135.maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda hâkim kararı olmadığından bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istemek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulanmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak*

²¹²Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Yetkin, Ankara 2013, s. 611-613.

²¹³Eren, s. 611.

²¹⁴Eren, s. 611.

²¹⁵Eren, s. 612.

²¹⁶Eren, s. 612.

²¹⁷CGK, 21.06.2011, 2010-5-187 E., 2011/131 K.

amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir.” denilmek suretiyle ölçülülük ilkesi somutlaştırılmıştır. Yine Yargıtay 4. Ceza Dairesi de ani gelişen hallerde kişinin karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda almasının hukuka uygun olduğunu kabul eden kararlar²¹⁸ vermiştir.

Medeni yargılamada hukuka aykırı delillere boşanma davalarında sıklıkla başvurulduğu bilinmektedir. Örneğin, boşanmak isteyen eşin, diğer eşin boşanmayı istememesi üzerine tek çare olarak eşinin özel hayatına, konutuna veya işyerine gizli kamera yerleştirilerek özel hayatına müdahalede bulunması adeta tuzak kurmak suretiyle hukuka aykırı delil elde etmesi meşru görülmemelidir. Türk boşanma sisteminin kural olarak serbest irade sistemine dayanmadığı ve hâkimin tarafların bir kusuru bulunmadıkça boşanma kararı vermediği görülmektedir. Ancak yine de tarafların kusuru ispatlayabilmek uğruna karşı tarafın özel hayatına müdahale etmesinin -dedektif tutması, konutuna, aracına, işyerine gizli kamera yerleştirmesi, telefonuna casus program yüklemesi, e-postalarını izlemesi gibi- önünü açmamalıdır. Delillerin hukuka uygunluğu sebebi saptanırken delil elde etmek amacıyla tuzak kurmak meşrulaştırılmamalıdır. Bu nedenle hâkimin bu hususta karar verirken menfaat dengesine, ölçülülük ilkesine riayet etmesi ve hakkın korunması aşamasında başka bir imkânın bulunmadığını tespit ederek hassas şekilde karar vermesi gerekmektedir.

II. BAŞKA HUKUK SİSTEMLERİNDE KONUNUN DÜZENLENMESİ

A. ABD

Amerika Birleşik Devletleri Anglo-Amerikan hukuk sistemine dâhildir ve taraf muhakemesi özelliğini taşımaktadır. Bunun sonucu olarak, delillerin getirilmesi ve ortaya konulması tarafların yetki ve sorumluluğundadır. Tüm delilleri ortaya koyarak, olayı aydınlatmak ve gerçeğin ortaya çıkarılması gibi bir yükümlülüğü bulunmayan savcının, çelişmelilik esasına göre yürütülen Amerikan ceza muhakemesinde suçsuzluk karinesinin bir sonucu olarak, delillerden kendiliğinden anlaşılabilen ve haklı bir şüpheye yer

²¹⁸“Kişinin, kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir” (4. CD, 26.02.2019, 2017/21973 E., 2019/3037 K.); “Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur” (4. CD, 24.03.2021, 2021/6097 E., 2021/10635 K.)

bulamayacak şekilde suçu ispat etmesi gerekmektedir. Duruşmayı yönetme görevini üstlenmiş olan hâkim ise delillerin hukuka uygun ve adil olarak ortaya konulmasını sağlamakla yükümlüdür. Ancak hâkimin gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak gibi bir görevi bulunmadığı gibi, bu yönde bir hakkı da bulunmamaktadır. Hâkimin görevi; ispat kuralları aracılığıyla adil yargılama yapılmasını, tanıkların gereksiz olarak zorlanmamasını, zamanın boşa geçirilmemesini sağlamak ve savcı ile müdafinin muhakeme ve ispat hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları hususunda da karar vermektir. Bu çerçevede hâkim, hangi delillerin jüriye sunulacağını ve hangilerinin sunulmayacağını da belirler²¹⁹.

Jürinin tanıklara ve taraflara doğrudan soru sorma hakları vardır. Uygulamada jüri bu özgürlüğü tam olarak kullanmaktadır. Jüri sanığın masum olduğu kanaatine varırsa, bu karar kesindir ve delillerin sonucuna ya da hukuk kurallarına aykırı olsa da aleyhine kanun yoluna gidilemez²²⁰. Amerikan ceza muhakemesinde hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin değerlendirilmesi yasaktır. Amerikan Yüksek Mahkemesi ve diğer alt derece Amerikan mahkemeleri, altmışlı yılların başından beri, sayısız olayda, polis memurlarının izin verilmeyen yakalama, arama, gizli dinleme, yüzleştirme ve sorgulama yoluyla elde ettikleri delilleri yasaklamıştır²²¹.

Amerikan mahkemeleri, istisnalar hariç olmak üzere, anayasal hakların ihlal edilerek delil elde edilmesi durumunda, o delili dosyadan çıkarmaktadır. Amerikan hukuk sisteminde hukuka aykırı delilleri dosyadan çıkarmaya ilişkin katı kurallar bulunmakla birlikte, istisnai hallerde anayasal hakların ihlal edilmediğine ilişkin kararlar da verilmiştir²²². Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin dosyadan çıkarılması kuralı esasen ABD’de kolluğun orantısız güç kullandığı ve sert eylemler gerçekleştirdiği cezai soruşturmaların önüne geçmek amacıyla çözüm olarak görülmüş ve bu şekilde kolluk disiplin altına alınmaya çalışılmıştır²²³.

²¹⁹**Öztunç, Özgün**, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü hukuk anabilim Dalı Kamu Hukuku bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 104-105.

²²⁰**Öztunç**, s. 105.

²²¹**Öztunç**, s. 106.

²²²**Optican, Scott**, “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar”, Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, 2007, s. 41.

²²³**Yılmaz, Yeşim**, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2013, s. 89.

ABD hukukunda delillerin dışlanması kuralı (*exclusionary rule*) Anayasanın Dördüncü, Beşinci²²⁴ ve Altıncı²²⁵ Ek'lerinin ihlal edilmesi ile sınırlıdır. Özellikle Dördüncü Ek²²⁶, hukuka aykırı haksız arama ve haksız tutuklamaya karşı, kişilerin hak ve özgürlüklerini düzenlemektedir. Amerika'da delillerin dışlanması kuralı, 1914 yılında Weeks ABD'ye karşı davasında²²⁷ karar verilmesiyle ortaya çıkmıştır. Weeks kararı, kolluk kuvvetlerinin anayasal yetkilerini aşan bir aramanın hükümsüz ve geçersiz sayılması ve buna göre değerlendirilmesi gerektiğini öne süren ilk karardır²²⁸. Davada Yüksek Mahkeme, delilin Anayasanın 4. Eki'nin ihlali suretiyle elde edildiğine ve federal ceza davalarına söz konusu delilin sunulamayacağına karar vermiştir. Ancak, davada karar aşamasına gelindiği sırada, ne delillerin dışlanması kuralı ve ne de 4. Ek pratikte etkili değildir; çünkü her ikisi de sadece federal güvenlik güçlerine uygulanabilmekteydi. Delillerin dışlanması kuralı Weeks ABD'ye karşı davasından sonra federal bir uygulama haline gelmiştir²²⁹. Weeks davası zamanında, Haklar Bildirgesi yalnızca federal hükümet için geçerli olacak şekilde açıklanmıştır ve Weeks kararının eyalet polis memurları tarafından yapılan aramalar için geçerli olmadığı açıkça ifade edilmiştir.

Sonrasında, 1961 yılında Yüksek Mahkemenin Mapp Ohio'ya karşı davasındaki²³⁰ kararı ile delillerin dışlanması kuralı artık bir standart haline gelerek ABD'de eyaletler düzeyinde de delillerin dışlanması kuralı benimsenmiştir²³¹. Bu kuralın, eyalet duruşmalarında uygulaması, Dördüncü Ek'in beyaz yakalı suçlulardan ve vergi

²²⁴ “Ceza davalarında haklar” başlıklı 5. EK şu şekildedir: “Kara ve deniz kuvvetlerinde, ya da savaş veya kamuya yönelik tehdit sırasında görevde bulunan milis kuvvetlerinde ortaya çıkacak davalar dışında, hiç kimse büyük jüri tarafından hazırlanan suç duyurusu veya iddianamesi olmadan ölüm cezasını gerektiren veya yüz kızartıcı başka bir suçtan sorumlu tutulmayacak; hiç kimse, aynı suç nedeniyle iki kere, idam cezası veya bir organını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmayacak; herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacak; ve yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü, veya malından yoksun bırakılmayacak; özel mülk, hakça bir tazminat ödenmeden kamulaştırılmayacaktır.”

²²⁵ “Adil ve tarafsız yargılanma hakkı” başlıklı 6. EK şu şekildedir: “Bütün ceza davalarında sanık suçun işlendiği eyalet ve daha önce yasaca saptanacak bölgenin tarafsız bir jürisi tarafından, hızlı ve kamuya açık yargılanmak, suçlamanın türü ve nedeni konusunda bilgi sahibi olmak; kendi aleyhindeki tanıklarla yüzleşmek; kendi lehinde tanıklar sağlamak için tanıkların zorla mahkemeye getirilmesi, ve savunma için bir avukat tutma hakkına sahip olacaktır.”

²²⁶ “Arama ve tutuklama müzekereleri” başlıklı 4. EK şu şekildedir: “Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağımsızlıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir.”

²²⁷ Weeks v. United States, 232 U.S. 383 (1914)

²²⁸ Dülger, s. 201.

²²⁹ Yılmaz, Yeşim, s. 90.

²³⁰ Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

²³¹ Dülger, s. 201.

kaçaklarından daha geniş olarak çeşitli davalıları kapsayacak şekilde genişletilmesini sağlamıştır.

Bu davadan beş yıl sonra ise Miranda Arizona'ya karşı davasında²³², mahkeme, polis sorgulamasının tabi olacağı yasal bir yapı oluşturmuştur. Davada Miranda tecavüz suçu ile tutuklanmıştır. Miranda, polis gözetimi altında bir avukat olmadan sorgulanarak, yazılı ve imzalı bir itirafta bulunmuştur. İtirafında, delilin kendi aleyhine kullanılabileceğini bildiğine dair bir madde bulunmasına rağmen, sonrasında kendisi bunun ancak sözlü olarak itirafta bulunmasından sonra kendisine bildirildiğine dair ifade vermiştir. Yüksek Mahkeme, itirafın mahkemeye sunulamayacağını ve bunun kendi aleyhinde suçlamaya karşı Anayasa'nın Beşinci Ek'inin bir ihlalini teşkil ettiğini belirtmiştir. Mahkeme, Miranda'ya susma hakkı olduğunu, bir avukat ile görüşerek yasal tavsiye alabileceğinin belirtilmediğini ve avukatın mevcut olmaması nedeniyle itirafın mahkemeye sunulamayacağını, bu durumun yargılama süreci hakkında dair Altıncı Ek'i ihlal ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme bu davada, anayasal haklarınızı bilmiyorsanız bunları ileri süremezsiniz demektedir. İnsanların çoğu haklarının nelerden oluştuğunu bilmemektedir ve bu nedenle haklarını ileri sürmeleri için bir şansa sahip olmaları için haklar konusunda polis tarafından bilgilendirmeleri gerekmektedir. Mahkeme, sorgulama odasının karakteristik olarak baskılayıcı etki taşıdığını ve usuli korumalar sağlanmadıkça elde edilen itirafın zorlama ile elde edilmiş olacağını ve suçlayıcı nitelikte olsun veya olmasın, bu ifadeleri savcılık makamının kullanamayacağını ifade ederek sorgulamada usule dair bir koruma hattı oluşturma amacıyla hareket etmiştir²³³.

Amerika Calandra'ya karşı kararında²³⁴, Mahkeme bu kuralın amacını yeniden tanımlamış, caydırma gerekçesi yerine, kuralın, Weeks kararından daha önceki ilkelere dayanan formülünü ortaya çıkarmıştır. Kararda değerlendirme dışında bırakma kuralının, anayasaya aykırı olarak gerçekleştirilmiş bir aramanın kurbanı olan davalının, anayasal hakkı olduğu görüşü reddedilmiştir. Yargıca göre bu anayasal bir kuraldan ziyade, yalnızca koruyucu bir tedbirdir. Yargıç, kuralın öncelikli amacının ileride polisi görevini kötüye kullanmaktan caydırmak olduğunu savunmuştur. Calandra'da, Mahkeme, değerlendirme dışında bırakma kuralının büyük jürinin görev yaptığı duruşmalardaki kanıtlar için geçerli olmadığına, çünkü bu koşullarda değerlendirme dışı bırakmanın, caydırma niteliğine

²³²Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

²³³Yılmaz, Yeşim, s. 90-91.

²³⁴United States v. Calandra, 414 U.S. 338 (1974)

önemli bir katkı sağlamayacağına karar vermiştir. Kuralın belli koşullar yerine getirildiğinde uygulanması gerekip gerekmediğine yönelik inceleme, kuralın uygulanmasının caydırıcı faydalarıyla, uygulamanın toplumsal bedelinin karşılaştırılması yoluyla yapılmalıdır. Calandra davası, yalnızca kuralın uygulanmasını kısıtlamış olsa da, kuralın “*faydaları ve zararlarını karşılaştırma*” yaklaşımını benimsemiştir²³⁵.

Yüksek Mahkeme, Amerika Leon’a karşı kararında²³⁶, Anayasaya aykırı şekilde çıkarılan bir arama izni ile gerçekleştirilen aramada el konulan delillerin kullanılmasına izin vererek, istisnai bir karar daha vermiştir. Mahkeme, geçersiz bir arama izninin, aramayı yapan polis memurlarının değil, izni çıkaran sulh hâkiminin hatası olduğunu ve delillerin değerlendirme dışı bırakılmasının polis uygulamalarını etkilemeyeceğine karar vermiştir²³⁷. Aynı şekilde Illinois v. Krull kararında²³⁸ da, buna benzer bir istisna oluşturulmuş ve Anayasaya aykırı mevzuat ile arama yapan polis tarafından el konulan delillerin kullanılmasına izin verilmiştir.

Delillerin dışlanması kuralı ABD ceza muhakemeleri usulünde, görevi kötüye kullanma konusunda caydırıcı olmuş ve görünürdeki adaletsizliği düzeltmeye hizmet etmiş idi. Bazı hallerde, örneğin iradi olmayan itiraflarda delillerin dışlanması kuralı hala bu iki görevi de yerine getirmektedir. Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme, getirdiği istisnalar ile söz konusu kuralı, suçun soruşturmasını yöneten polisin çeşitli anayasal kurallara uymasını teşvik etme amacı güden caydırıcı bir mekanizma olarak uygulamaktadır²³⁹.

Amerikan medeni yargılama hukuku da, Anglo-Amerikan yargılamasının ortak özelliği olan taraf hâkimiyeti esasına dayanmaktadır. Yargılamada taraflar aktif rol üstlenirken; hâkim ise pasif bir role sahiptir. Delillerin toplanması ve mahkemeye sunulması, tarafların ve vekillerinin sorumluluğundadır. Dava malzemesinin hazırlanması, mahkemeye sunulması ve mahkemede tartışılması gibi hususlarda hâkim sınırlandırılmıştır²⁴⁰. Bu sistemde hâkimin gerçeği araştırma ödevi bulunmayıp, hukuku da re’sen uygulamakla yükümlü değildir. Ancak Jürinin etki altında kalmaması ve kanaat

²³⁵Dülger, s. 410-415.

²³⁶United States v. Leon, 468 U.S. 897 (1984)

²³⁷Yılmaz, Yeşim, s. 92.

²³⁸Illinois v. Krull, 480 U.S. 340 (1987)

²³⁹Yılmaz, Yeşim, s. 94.

²⁴⁰ Güralp, Ayşe Gülin, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler Ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2010, s. 211.

oluşturmaması için, hukuka aykırı veya caiz olmayan delilleri öğrenmemelerine çaba gösterilir²⁴¹.

B. İngiltere

İngiliz medenî yargılama hukukunda adalet erişim ilkesi, usuli eşitlik ilkesi, kötü niyetli iddia ve savunmalara karşı korunma ilkesi, yargılama kurallarının basit olması ilkesi, yargılamada alenilik, açıklık ve kesinlik ilkesi, sözlülük ilkesi ve oranlılık ilkesi hâkimdir²⁴². İspat hukuku, İngiliz hukukunun en karışık alanlarından biri olarak ifade edilmektedir. İspat hukukunun genellikle medeni yargılama ve ceza yargılaması bakımından müşterek hayat alanı bulduğu ve ele alındığı görülmektedir²⁴³.

Mahkemenin pasifliği ilkesinin geçerli olduğu İngiliz ceza muhakemesi, çelişkililik üzerine kurulu bir taraf muhakemesidir. Bunun sonucu olarak, delillerin elde edilmesi ve ortaya konulması tarafların görevidir. İspat yükü davacıya aittir. Sanık ise vakıa ispat edilinceye kadar suçsuzdur. Olayın aydınlatılmadığı ve aydınlatılamayacağı hallerde, sanığın lehine ya da aleyhine olayların eş değerde olması halinde, sanığın lehine olan delil dikkate alınacaktır. Jüri sanığın suçlu olduğuna dair bir karar verilirse, cezanın ne olacağına hâkim karar verir. Hâkimin delillerin değerlendirmesi yetkisi bulunmadığından bu yetki jüriye aittir²⁴⁴.

Geleneksel Common-Law'a göre, ispatı gereken olay bakımından yeterince önemli bulunan her türlü delil, o hususta bir delil yasağı bulunmadığı sürece geçerliliğini korur. Bu nedenle ikrar ve belirli hallerde belge dışındaki tüm deliller, hukuka aykırı ya da adil olmayan şekilde elde edilmiş olsalar dahi yargılamada kullanılabilirler²⁴⁵. Mahkeme, delillerin nasıl elde edildiklerinden daha ziyade, bu delillerin mahkemede nasıl kullandıklarıyla ilgilenir. Bu nedenle delilin hırsızlık, hukuka aykırı arama, ajan provokatör kullanımı ya da gizli dinleme ile elde edilmiş olması mahkemeyi ilgilendirmez. Bununla birlikte, hâkim, "adil yargılama" ilkesi gereğince, sanık açısından yargılamanın adil şekilde gerçekleşmesini sağlamak zorundadır. Dolayısıyla hukuka aykırı ve dürüstlüğe aykırı şekilde elde edilen deliller sanığa karşı kullanılmayabilir. Ayrıca, doğrudan

²⁴¹ **Güralp**, s. 213-214.

²⁴² **Güralp**, s. 161.

²⁴³ **Kılıçoğlu**, s. 79.

²⁴⁴ **Öztunç**, s. 122-123.

²⁴⁵ **Dülger**, s. 166.

doğruluk ve sözlülük ilkeleri gereğince, duyduğunu anlatan tanığın beyanı kural olarak geçerli değildir²⁴⁶. Tanık, anlattıklarını beş duyusuyla algılamış olmalıdır. Ayrıca bir ispat kuralı olan “kendini suçlamaya zorlanamama” (Nemo Tenetur) ilkesine aykırı elde edilen beyanlar da esas itibarıyla geçerli değildir²⁴⁷.

İngiltere’de 1984 yılında yürürlüğe giren Polis ve Suç Delilleri Kanunu’nda (PACE 1984) hukuka aykırı delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Kanunun 76. maddesine göre, kolluk ve mahkemede, baskı ve hile ile elde edilen itirafları hâkim delil olarak kabul etmemektedir. Kanunun amacı kolluğun sınırsız güç kullanmasını engelleyerek kolluğu disiplin altına almaktır²⁴⁸.

Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin durumu 1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları (Civil Procedure Rules- CPR) öncesi ve sonrası dönem olarak incelendiğinde; Medeni Usul Kurallarının kabulünden önceki dönemde hukuka aykırı delillerin kullanılması yönündeki net duruşun, kabulden sonraki dönemde daha esnek hale geldiği gözlemlenmiştir²⁴⁹.

Medeni Usul Kurallarının kabul edilmesinden önceki dönemde İngiliz yargısında gerçeğin araştırılmasının gerekli olduğu anlayışı gereğince, özel hayat alanına müdahale bir delili kullanma yasağına yol açmamaktaydı. Common law sisteminde medeni yargılamada bir delilin elde edilmiş şekli delilin kullanılabilirliğini etkilememekte ve delil dosya için önemli ise kabul edilmektedir. Şöyle ki; Hâkim Crompton tarafından verilen bir kararda şu ifadeler yer verilmiştir. “Nasıl elde etmiş olduğunuz fark etmez isterseniz çalmış olun, o delil olarak kabul edilebilecektir”. Bu ifade mahkemenin takdir yetkisinin olmadığını göstermektedir²⁵⁰.

Medeni Usul Kurallarının yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Ancak CPR 32. madde hâkime geçerli bir delili kullanmama konusunda takdir yetkisi vermiştir. Ayrıca, İngiliz kanun koyucusu Human Right Act 1998 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini iç hukuka dâhil etmiştir. Buna göre mahkemeler AİHS’in 8. madde hükmünü dikkate almak zorundadır.

²⁴⁶Öztunç, s. 124.

²⁴⁷Dülger, s. 167-168; Öztunç, s. 123-124.

²⁴⁸Yılmaz, Yeşim, s. 94; Dülger, s. 177-178.

²⁴⁹Kılıçoğlu, s. 79.

²⁵⁰Kılıçoğlu, s. 79-80.

CPR'nin de yaratıcısı olan Lord Woolf 2003 yılında Jones v. University of Warwick kararında, CPR ve Human Right Act'in yürürlüğe girmesinden sonra hukuka aykırı deliller konusunda şimdiye kadar kabul edilen esasların artık geçerli olmayacağını belirtmiştir. Dava konusu olayda, davacı işçi iş kazası geçirerek elinden yaralanmış ve işverenin sigorta şirketine karşı tazminat davası açarak kazanın elinde sürekli olarak hareket kabiliyeti kaybına neden olduğunu iddia etmiştir. Davalı sigorta şirketi ise, görevlendirdiği özel dedektifin kendisini piyasa araştırmacısı olarak tanıtarak davacının evine girmek suretiyle elde ettiği gizli çekilmiş görüntüleri mahkemeye sunmuş ve davacının iş göremeyecek şekilde yaralandığı hususuna itiraz etmiştir. Hukuka aykırı çekilen bu görüntüler bilirkişi tarafından incelenerek davacının elinde süreklilik arz eden bir hareket kabiliyeti kaybının meydana gelmediği sonucuna varılmıştır. Gizlice çekilen görüntülerin delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin üç kademeli ara sorun yargılaması yapılmıştır. İlk derece (District Judge) delili geçersiz kabul etmiştir. İkinci derecede ise delil geçerli kabul edilmiştir. Temyiz mahkemesi de (Court of Appeal) delili geçerli kabul etmiştir. Lord Woolf, mahkemelerin farklı kamu menfaatlerini dengeleyebileceklerini ve tartabileceklerini belirtmiştir. Somut olayda, sigorta şirketinin bu hukuksuz hareketinin yaptırımsız kalması ve bu hareket tarzının cesaretlendirici olduğu açıktır ancak delili yasaklamanın ölçüsüz olacağına karar verilmiştir²⁵¹. Jones v. University of Warwick kararı, 2003 yılından sonraki kararlarda emsal kabul edilmiştir. İngiliz medeni yargılamasında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delili kullanma yasağı istisnai bir durumdur. Delil yasağının uygulanması için menfaatler değerlendirmesi yapılmakta ve delili ileri sürmedeki menfaat ile maddi hukuka aykırı davranışın ağırlığı tartılmaktadır²⁵².

C. Fransa

Fransız Medeni Kanunu'nun 10. maddesi gereğince, herkes, mahkeme önünde gerçeğin ortaya çıkarılması için adalete katkıda bulunmakla yükümlüdür. Ancak, bu yükümlülük önemli bir sebebin varlığı halinde ortadan kalkmaktadır. Örneğin, bu yükümlülüğün ortadan kalkması özel yaşama saygı duyulmasına ilişkin haktan kaynaklanabilmektedir²⁵³.

²⁵¹Kılıçoğlu, s. 80-81.

²⁵²Kılıçoğlu, s. 81-82.

²⁵³Kılıçoğlu, s. 72.

Fransa’da delil gösterecek taraf delillerin belirli hallerde devlet makamları tarafından güvence altına alınması veya ilk olarak delil toplamaya yönelik imkânların sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Bu yüzden Fransız medeni yargılama hukukunda, özel hayatın korunması her zaman ispat güçlüğüne ortaya çıkmasına ve hak kaybına neden olmamaktadır. Bunun sonucunda, mahkemeler tarafından, özel dedektif tarafından gizli takip sonucu elde edilen delillerin işçilerin maaillerinin gizli olarak incelenmesinin, işçinin işyerinde kamera ile gizli olarak gözlenmesinin veya telefon konuşmasının gizli olarak kaydedilmesinin kabul edilemez olduğu yönünde verilmiştir²⁵⁴.

Fransız ceza muhakemesi hukukunda delilin kabul edilebilmesi için özel hayatın gizliliğine meşru olmayan şekilde müdahalede bulunulmaması ve savunma hakkına saygı sınırı kabul edilmiştir²⁵⁵. Ancak Fransız mevzuatında temel değerlere aykırı ve insan onuruyla bağdaşmayan işkence, ilaç verme ve sair ruhsal ve bedensel baskılarla delilin elde edilemeyeceğine dair çeşitli hükümler bulunmaktadır²⁵⁶. Bunun dışında Fransız hukuk sistemi, hâkime kanunda yer almayan aykırılıkları her olay özelinde değerlendirmesi ve delilin kabul edilip edilemeyeceğine kendisinin karar vermesi gibi önemli bir görev yüklemiştir. Fransız ceza yargılamasında özellikle, suçun mağduru lehine önemli ispat kolaylıkları bulunmaktadır. Mağdur, ceza yargılamasında elinde bulunan her türlü delili ileri sürebilmektedir. Ceza yargılamasına ilişkin bu kabul tarzı medeni yargılama açısından önemlidir. Şöyle ki, suçun mağduru ceza yargılamasında medeni hukuka ilişkin taleplerini ileri sürebilmektedir. Ayrıca, ceza hâkiminin olaya ilişkin tespitleri daha sonra görülmesi muhtemel medeni yargılamada bağlayıcı etkiye sahiptir. Ceza mahkemesi tespitleri ve karara dayanak teşkil eden deliller ile hukuk hâkimi bağlıdır. Medeni yargılamada delili kullanma yasağı bu yolla aşılmaktadır.

Ç. İsviçre

İsviçre Federal Anayasası’nın 29/2. maddesi hukuki dinlenme hakkını düzenlemektedir; İsviçre Medeni Kanunu’nun 8. maddesi ispat yükünü düzenlemektedir ve AİHS’in 6. maddesi ise adil yargılanma hakkını düzenlemektedir. Söz konusu düzenlemeler İsviçre hukukunda ispat hakkının temel dayanaklarını teşkil etmektedir.

²⁵⁴Kılıçoğlu, s. 72.

²⁵⁵Yılmaz, Yeşim, s. 96.

²⁵⁶Öztunç, s. 120.

İsviçre ve Alman medeni yargılama hukukunda delili kullanma yasağı anlamına gelen “Beweisverwertungsverbot” kavramı geniş anlamda kullanılmaktadır. Bu halde delili kullanma yasağı hem delilin mahkemede incelenmesini hem de delilin incelenmesinden ortaya çıkan ispat sonuçlarının hükme esas alınmasını kapsamaktadır²⁵⁷.

İsviçre’de maddî hukuk 1912 yılından beri federal düzeyde olmasına rağmen, yargılama hukuku kantonal olmuştur. İsviçre’de yargılama hukukunun yeknesaklaştırılması çalışmaları 130 yıllık bir geçmişe sahiptir²⁵⁸. Yeni Federal Hukuk Muhakemeleri Kanununda kesin delil ve takdiri delil ayırımına gidilmemiştir. 01.01.2011 yılında yürürlüğe giren 19.12.2008 tarihli İsviçre Federal Medeni Yargılama Kanunu’nun (sZPO) 152/I maddesinde ispat hakkına yer verilerek, “*Taraflardan her biri, kendisi tarafından şekil ve süreye uygun olarak gösterilmiş olan elverişli delillerin mahkemece kabul edilerek incelenmesi hakkına sahiptir*” denilmiştir²⁵⁹. Aynı kanunun 152/2 fıkrasında “*Hukuka aykırı elde edilmiş deliller, sadece gerçeğin tespitindeki menfaat üstün geldiğinde dikkate alınır.*” denilmiştir. Bu düzenleme nisbi, menfaatlerin tartılmasına dayalı delil yasağı ile her iki tarafın menfaatlerinin dikkate alınmasını amaçlamaktadır. Kanun koyucu açıkça gerçeğin bulunmasındaki menfaatin ağır bastığı hallerde hukuka aykırı delillerin dikkate alınacağını kabul etmiştir. Kanunun 150. maddesinde mahkemenin tarafların davadaki tutumlarını göz önünde bulundurarak delilleri serbestçe takdir edeceği düzenlenmiştir. Deliller, tahdidi olarak sayılmış ve tanık, belge, bilirkişi, yazılı bilgi, isticvap ve keşif olduğu belirtilmiştir²⁶⁰.

5 Ekim 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 139 vd. maddelerinde delil elde etmeye, delil değerlendirmeye ve hukuka aykırı delillerin akıbetinin ne olacağına ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. Kanunun 139. maddesinde, ceza yargılama makamlarının ancak hukuk tarafından kullanılmasına cevaz verilebilen deliller tam olarak ortaya konulduktan sonra karar verebileceklerini ve isnada konu olayla ilgisiz hususların delil olarak dikkate alınmayacağını hüküm altına almıştır. Kanunun “Yasak delil elde etme yöntemleri” başlıklı 140. maddesinde, kişinin özgür iradesiyle düşünme yeteneğini etkileyecek surette zorlama, şiddet, vaat, hile ve aldatma yöntemlerine dayanarak delil elde

²⁵⁷ Kılıçoğlu, s. 35.

²⁵⁸ Güralp, s. 64.

²⁵⁹ Kılıçoğlu, s. 8.

²⁶⁰ Güralp, s. 72. Atalı, Murat, İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, Legal MİHDER 2006/III, s. 621 vd.; Yazar, ispat araçları arasında yemin delilinin yer almadığını belirtmiştir.

etmenin yasak olduğu açıkça düzenlenmiş olup bu yöntemlerle delil elde edilmesinin, kişinin rızasına dayansa bile kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. “Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılması” başlıklı 141. maddede öncelikle 140. maddedeki yasak yöntemlerle elde edilen delillerin hiçbir surette kullanılmayacağı hüküm altına alınarak, 141/2. maddesinde, suç soruşturma ve kovuşturmada yetkili olan kişilerin görevde yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle hukuki düzenlemelere aykırı şekilde elde ettiği delillerin ağır ve ciddi bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması dışında başka hiçbir suç bakımından kullanılmayacağı belirtilmiştir. 141/3. maddesinde, basit nitelikli ve şekli aykırılıklar sonucu elde edilen delillerin dönüştürülebilir olduğunu; 141/2’ye göre elde edilen delillere dayanılarak ulaşılan diğer delillerin de kullanılmayacağını; 141/5. maddesinde de, hukuka aykırı delillerin kayıtlarının ceza davası dosyasından ayrı olarak nihai karara kadar muhafaza edileceğini ve nihai karar verildikten sonra imha edileceğini hüküm altına almıştır²⁶¹.

Görüldüğü üzere, İsviçre kanun koyucusu, görev sırasında yetkinin aşımı ve kötüye kullanılması sonucu ortaya çıkan hukuka aykırılıklar bakımından istisna getirerek ağır ve ciddi suçlar bakımından hukuka aykırı delillerin kullanılmasına cevaz vermiştir. Bu doğrultuda ağır ve ciddi bir suç ile ilgili bir yargılamada yasak olmayan ancak hukuka aykırı elde edilen delilin, başkaca delil bulunmaması veya delilin yeterli olmaması halinde kullanılmasına olanak verilmiştir. Dolayısıyla İsviçre hukukunda, hukuka aykırı delillerin akıbeti konusunda nispi değerlendirme yasağının benimsendiği anlaşılmaktadır²⁶².

D. Almanya

Alman medeni yargılama hukukunda 1950’li yıllara kadar hâkimin gerçeğe ulaşmak amacıyla hukuka uygun veya aykırı, nasıl elde edilirse edilsin tüm delilleri kullanarak hükümde bu delilleri esas alabileceği kabul edilmiştir. Gerek Alman, gerek Avusturya ve gerekse de İsviçre hukukunda medeni yargılama hukukunda belirli döneme kadar hukuka aykırı deliller sorunu ile ilgilenilmemiş ve bu sorun görmezden gelinmiştir²⁶³.

²⁶¹139, 140, 141. maddeleri çeviri için; **Kanbur, M. Nihat**, Yeni Anayasa Reformu Çerçevesinde Anayasaya Delil Yasaklarına İlişkin Hüküm Konulması Gereği Üzerine, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 17, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011, s. 40; **Yılmaz, Yeşim**, s. 97, 98.

²⁶²**Akyürek, Güçlü**, Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, TBBD, S. 101, Temmuz/Ağustos 2012, s. 61-82.; **Yılmaz, Yeşim**, s. 98.

²⁶³**Kılıçoğlu**, s. 36

Alman hukukunda, teknik alandaki gelişmeler, İkinci Dünya Savaşı sonrası insan haklarına, temel haklara ve kişilik haklarına verilen önemin artmasıyla hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin medeni yargılamada kullanılması sorunu Alman doktrin ve yargı içtihatlarında 1950’li yıllardan itibaren tartışılmaya başlanmıştır. Alman ceza yargılaması hukuku alanında devam eden tartışmalar medeni yargılama hukuku alanındaki tartışmayı da tetiklemiştir²⁶⁴. Alman hukukunda hukuka aykırı delillerin kullanılması konusunda ilk kararlar 1950’li yıllarda taraflarca vakıanın ispatı amacıyla sunulan ses kayıt bantlarına ilişkindir. Belirtilen dönemde meydana gelen teknolojik gelişmeler, ses kaydedici cihazlar ve ses yükseltici düzeneklerin telefon konuşmalarını karşı tarafın haberi olmadan başkalarının da dinleyebilmesine imkân sağlamış ve bu yolla hukuka aykırı delillerin kullanılması konusu Alman hukukunun gündemine girmiştir²⁶⁵.

Alman medenî yargılamasında taraf hâkimiyeti egemendir. Alman usûl hukuku, medeni yargılamada tarafların ve devletin rolünün liberal olması gerektiği düşüncesinden yola çıkmıştır²⁶⁶.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen ifadeler bakımından mutlak değerlendirme yasağı öngörmüştür. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yasak sorgu yöntemleri ile ilgili 136a maddesinde “(1) Şüpheli veya sanığın karar verme ve iradesini açığa vurma özgürlüğü işkence, kötü muamele, fiziksel müdahale, yorma, ilaç verme, aldatma ve hipnozla engellenemez. Zor kullanma ancak kanunun izin verdiği hallerde mümkündür. (2) Şüpheli veya sanığı ceza muhakemesi kanununun izin vermediği eylemlerle tehdit etmek veya yasayla öngörülmemiş bir menfaat vaadinde bulunmak yasaktır. Şüpheli veya sanığın belleğini veya belirli bir durumu anlama ve kabul etme yeteneğini zayıflatan eylemler yasaktır. (3) Bu maddenin (1) ve (2). fıkralarındaki yasaklar, şüpheli veya sanık [yapılması düşünülen eyleme] rıza göstermiş olsa dahi uygulanır. Bu yasağa aykırı olarak alınan ifadeler, şüpheli veya sanık bunların kullanılmasına rıza gösterse dahi, [delil olarak] kullanılamaz.” denilmiştir²⁶⁷.

Ancak yasak sorgu yöntemleri dışında Alman hukukunda anayasal veya başka düzenlemelerde hukuka aykırı delilleri kullanmayı yasaklayan düzenleme

²⁶⁴Kılıçoğlu, s. 36.

²⁶⁵Kılıçoğlu, s. 52.

²⁶⁶Güralp, s. 23.

²⁶⁷136a maddesinin Türkçe tercümesi için bkz. Gafgen v. Almanya, Başvuru No: 22978/05, Büyük Daire, 1 Haziran 2010, s. 19-20.

bulunmamaktadır. Bu hususta Alman hukukçuları üç teori geliştirmiştir. Haklar alanı teorisinde, ihlalin sanığın hak alanını önemli şekilde zedeleyip zedelediğine bakılmaktadır. Koruma amacı teorisine göre, delilin elde edilmesi aşamasında sanığın korunmasına yönelik hükümlerin ihlal edilmesi durumunda delil değerlendirilmemektedir. Alman içtihadları ve yaygın görüş tarafından benimsenen hakların dengelenmesi teorisine göre ise her olay açısından ayrı değerlendirme yapılarak sanığın ihlal ettiği değer ile ihlalin etkilediği çıkar mukayese edilmelidir. Bu nedenle Federal Yüksek Mahkeme çok basamaklı bir dengeleme sürecinden sonra, yasak sorgu yöntemleri dışında elde edilen hukuka aykırı delillerin durumunun ne olacağı hususunda her somut olayı ayrıca değerlendirerek karar vermek gerektiği görüşündedir²⁶⁸. Mahkeme bu değerlendirmesinde delil elde etmeyi kısıtlayan hükmün korumak istediği hukuki menfaat ile vakıanın aydınlatılmasındaki toplumun menfaatini karşılaştırarak hukuka aykırılığın sanık haklarını ne ölçüde ihlali ettiğini tespit edecektir. Sanığın hakları önemli ölçüde ihlale uğramış ise, hukuka aykırı delil kullanılmayacak, ihlal ikinci derecede kalmakta veya sanığın hakları açısından hiçbir önem taşıyor ise, delil hukuka aykırı da olsa kullanılabilir²⁶⁹.

E. İtalya

1988 yılında yürürlüğe giren İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller" başlığını taşıyan 191. maddesinde, kanunda öngörülen yasakların ihlaliyle elde edilen delillerin kullanılmayacağı ve bu durumun yargılamanın her safhasında hâkim tarafından re'sen göz önüne alınacağı hükmünü ihtiva etmektedir. Kanunun 188. maddesinde ise kişinin rızası olsa dahi, özgür iradesi üzerinde etki etmeye, olayları değerlendirme ve hatırlatma yeteneğini bozmaya elverişli teknikler veya yöntemlerin kullanılmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca aynı Kanunun 185/1. maddesinde yer alan, bir işlemin geçersizliğinin bu işlemi takip eden işlemleri de geçersiz kılacağına ilişkin düzenleme karşısında zehirli ağacın meyvesi doktrininin tanındığı da anlaşılmaktadır.

Ceza yargılamasının aksine İtalyan medeni yargılama hukukunda hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılabilirliğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. İspat hakkının İtalyan Anayasası'nın 24. maddesiyle güvence altına alındığı ve İtalya medeni

²⁶⁸ Yılmaz, Yeşim, s. 99-100.

²⁶⁹ Yılmaz, Yeşim, s. 101.

yargılama hukukunun da bununla paralel olarak ispat hakkına önem verdiği anlaşılmaktadır²⁷⁰.

F. Hollanda

Hollanda Medeni Kanununda hukuka aykırı delillerin kullanılması ya da yasaklanması konusunda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Hollanda Medeni Kanununda aksi belirtilmedikçe tüm deliller kabul edilebilir. Ancak doktrinde ve mahkeme kararlarında, tarafların açık bir ceza hukuku yasağına aykırı hareket ederek elde ettiği delillerin hiçbir şekilde kullanılmayacağına ilişkin ana bir kural kabul edilmiştir. Delil, korunan bir temel hakka müdahale edilerek elde edilmişse (AİHS m. 8) veya kamu menfaatinin zarar görmesi ihtimali varsa hâkim bu delilin incelenmesi ve hükme esas alınması talebini reddetmelidir. Ancak delil basit hukuka aykırılık neticesinde elde edilmişse hâkimin menfaat değerlendirmesi yapması gerektiği kabul edilmektedir. Buna karşın tarafın kullanabileceği başka delil yoksa ve ispat güçlüğüne düşecekse hâkim söz konusu delilin ikamesine ve değerlendirilmesine karar verebilir²⁷¹.

Hollanda Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince, yetki belgesi izni olmadan telefon dinlemesi, ev aramak veya insan vücudu üzerinde araştırma yapmak, hırsızlık ve yağma ile ele geçirilen deliller ve ifade verecek kişinin konuşmama hakkı olduğunun, ifade öncesi belirtilmemesi delilin hukuka aykırı elde edildiği hususlar olarak belirtilmektedir²⁷².

G. Yunanistan

Yunan Medeni Yargılama Kanununda, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 2001 yılında Anayasa’da yapılan bir değişiklik ile Anayasa’da²⁷³ (Yunan AY m. 19/III), bireyin özel hayatı ile aile hayatı²⁷⁴ (m. 9) ve veri korumaya²⁷⁵ (m. 9A) ilişkin Anayasa

²⁷⁰ Kılıçoğlu, s. 76.

²⁷¹ Kılıçoğlu, s. 74-75.

²⁷² Öztunç, s. 122.

²⁷³ “(3) Bu maddenin 9. maddenin ve 9A maddesinin ihlaliyle elde edilen kanıtların kullanılması yasaktır.”

²⁷⁴ “(1) Herkesin konutu dokunulmazdır. Bireyin özel ve aile hayatına müdahale edilemez. Kanunda öngörülen haller ve usuller dışında ve yargı gücü temsilcileri hazır bulunmadıkça konutta hiçbir arama yapılamaz. (2) önceki hükmü ihlal edenler konut dokunulmazlığını ihlal etmekten ve yetkinin kötüye kullanılmasından dolayı cezalandırılırlar ve mağdurların tüm zararlarını, kanunda öngörülen şekilde ödemekle yükümlüdürler.”

²⁷⁵ “Herkes, kişisel verilerinin, özellikle elektronik yöntemlerle, toplanmasından, işlenmesinde ve kullanılmasından, kanunun öngördüğü biçimde, korunma hakkına sahiptir. Kişisel verilerin korunması,

hükümlerine aykırı olarak elde edilen deliller bakımından bir delili kullanma yasağı getirilmiştir.

Yunan temyiz mahkemesi bir kararında, kişinin rızası ve bilgisi dışında alınan ses kaydını geçersiz delil sayarak reddetmiştir. Mahkeme, insan yaşamı gibi Anayasada daha yüksek mertebede korunan hukuki değerlerin korunması bakımından bir istisna tanınabileceğini belirtmiştir²⁷⁶.

III. TÜRK MEDENİ YARGILAMA HUKUKU ÖĞRETİSİNDE HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN ELDE EDİLMESİ VE KULLANILMASINA BAKIŞ VE YARGI UYGULAMALARI

A. Öğretideki Görüşler

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin medeni usul hukukunda nasıl nitelendirileceği hususunda henüz bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde görüş belirten yazarlardan biri olan *Berkin*'e göre²⁷⁷, “*Usulsüz, kanunsuz yahut hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere dayanılarak hüküm verilemez*” Yazara göre, “*Evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazmış olduğu mektupların, posta memuruyla anlaşmak ve yahut çalmak suretiyle elde edilmesi halinde, boşanma davasında delil olarak kullanılmasına ve o delile ispat gücü verilmesine hukuken imkân verilemez*”²⁷⁸.

*Tosun*²⁷⁹ ise, özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin egemen olduğu medenî yargıda, dava malzemesinin toplanmasında, hâkimin re'sen delil toplama ve araştırma yetkisinin sınırlı olması nedeniyle, hâkimden başka kişilerin hukuka aykırı yollardan elde ettikleri delillerin geçerlilik taşıdığı sonucuna varılacak olsa dahi; medeni yargılamada hukuka aykırı hareket edilmesini mazur gösterecek kamu menfaati bulunmamasından yola çıkarak, bu yargı alanında da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere geçerli olmaması gerektiği düşüncesindedir.

kanunun öngördüğü şekilde kurulan ve işleyen bağımsız bir makam tarafından sağlanır.” <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gr/gr220en.pdf> Erişim tarihi: 25.05.2020

²⁷⁶Kılıçoğlu, s. 78.

²⁷⁷Berkin, Necmettin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuk Rehberi, İstanbul 1980, s. 734.

²⁷⁸Berkin, s. 734. ; Tanrıver, s. 368.

²⁷⁹Tosun, Öztekin, Ceza ve Medenî Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976, s. 65-67.

*Pekcanitez/Atalay/Özekes*²⁸⁰; usul hukukunda maddi gerçeğe ulaşma amacının ön planda olduğu görüşünün artık savunulmadığını ve artık hukuka aykırı delillerin usul hukukunda geçersiz olduğunu ifade etmektedirler. Buna göre, kişilik haklarının, özel yaşam ve sır alanının ihlal edilmesi ile elde edilen ses kaydı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektuplarına ispat gücü tanınmaz. Mektup, posta veya haberleşme özgürlüğünün ihlali yoluyla elde edilen deliller bakımından da aynı durum geçerlidir. Öte yandan, yazarlar tarafından gizli şekilde elde edilen delillerin tamamının, hukuka aykırı yollardan elde edilen delil olarak nitelendirilmesi şeklinde bir genelleme yapılması da doğru bulunmamıştır. Yazarlar, somut olayın koşulları ve özellikleri dikkate alınarak, ihlâl edilen kanun hükmü ile ispat edilmek istenen iddia/vakıa arasındaki denge gözetilerek, dürüstlük kuralı çerçevesinde hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller hususunda bir karar alınması yoluna gidilmesi görüşündedir. Yazarların görüşlerinden mutlak bir delil kullanma yasağını savunmadıkları anlaşılmaktadır.

*Yıldırım*²⁸¹ ise farklı eserlerinde görüşünü açıklamıştır. Yazar, bu hususta katı ve kesin bir kural konulması yerine, hakkaniyete dayalı olarak hâkime takdir hakkı tanıyan çözüm seçeneklerinin tercih edilmesinin, daha doğru olacağını savunmaktadır. Ancak, bu delilin, elde edilişi sırasında çiğnenen hukuk kuralı, kişinin Anayasa ile teminat altına alınmış haysiyet ve onuruna ilişkin ise delili değerlendirme yasağı söz konusu olmalıdır²⁸².

*Tutumlu*²⁸³, Anayasa m. 38/6 hükmünün medeni yargılama hukukunda da geçerli olduğunu savunmakta ve mutlak delili kullanma yasağı görüşünü desteklemektedir. *Serozan* da²⁸⁴soybağına ilişkin görüşlerinde, davacı kocanın soybağının belirlenmesinde kullanılacak DNA analizi malzemesi olan saç teli veya sıvıyı ananın veya çocuğun oluru olmaksızın gizlice elde etmesinin ananın ve çocuğun kişilik haklarının ihlaline yol açacağını ve bu şekilde elde edilen delillerin kullanılamayacağını belirtmektedir.

Pekcanitez, Anayasa'nın 38/6 madde hükmünün medeni yargılama hukukunda da geçerli olduğunu ve bu şekilde elde edilen delillerin mutlak şekilde kullanılamayacağını savunmaktadır. Ancak yazarın çalışmasının bir kısmındaki “şüphesiz her hukuka aykırılık

²⁸⁰*Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 422-425.

²⁸¹*Yıldırım*, Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, s. 861 vd.; aynı yazar, delillerin değerlendirilmesi, s. 239 vd.

²⁸²*Yıldırım*, Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, s. 871.

²⁸³*Tutumlu*, s. 2159, 2160.

²⁸⁴*Serozan, Rona*, Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 759,760.

mutlaka delilin değerlendirilmesine engel teşkil etmez”²⁸⁵ İfadesi; mutlak delil yasağı görüşünde olup olmadığı hususunda tereddüt yaratmaktadır.

Tanrıver de hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delilin mutlak surette kullanılmayacağını ve bu delillere ispat gücü tanınmayacağını savunmaktadır. Yazar görüşünü öncelikle anayasal hükümlere dayandırmaktadır. Anayasa'nın 38/6 maddesi, ceza yargılamasına ilişkin görünse de adli yargı bütünü içinde yer alan tüm yargı çeşitleri ve hukuk yargısı bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Yazar, hak arama özgürlüğünün “meşru” vasıtalarla kullanılabilceğini dolayısıyla ispat araçlarının da meşru vasıtalarla elde edilmesinin şart olduğunu; Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasından yaptığı çıkarımla Anayasa'ya ve daha geniş çerçevede hukuka uygun olarak karar verilebilmesi şartının davanın temelini oluşturan ve çekişmeli nitelik taşıyan maddî vakıaların ispatında kullanılacak ispat araçlarının hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması gerektiğini²⁸⁶, devletin ancak yetkili organları aracılığıyla ve belirlemiş olduğu ilke ve esaslar sınırları dâhilinde gerçeğe ulaşılmasına izin verdiğini, gerçeğin, sınırsız şekilde, her şeyin göze alınarak araştırılmasına izin verilmesi, hukuk devleti gereklerinin yanı sıra pek çok kişisel ve toplumsal değer de zedelenmesi anlamına geleceğini; hukuka aykırı yoldan elde edilen bir delil, gerçeğe ulaşılması için tek delil olsa bile, ispat gücü tanınmaması gerektiğini²⁸⁷, hukuka aykırı yoldan elde edilen delile ispat gücü tanınmasının silahların eşitliği ilkesinin de ihlali anlamına geleceğini ve hukuka aykırı yoldan delil elde edip mahkemeye sunmanın, gerçeği söyleme yükümlülüğünün ve medeni yargılamada da geçerli olan dürüstlük kuralının ihlali anlamına geleceğini ve mahkemenin bu nedenle hukuka aykırı elde edilen delili tümüyle göz ardı etmesi gerektiğini; Devletin yargı işlevini yerine getiren mahkemelerin, kural tanımaz şekilde dava yürütülmesine göz yumamayacaklarını ve bu duruma imkân sağlanması ile sonuç veya başarı elde edilmesine araç edilemeyeceklerini²⁸⁸ ifade etmiştir.

Ayrıca Anayasa'da yapılan 2001 değişikliği sonrasında bazı ceza hukukçuları da Anayasa'ya eklenen m. 38/6 hükmüne dayanarak²⁸⁹ veya bu hükümden bağımsız olarak

²⁸⁵ **Pekcanitez**, Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi, s. 843 vd.

²⁸⁶ **Tanrıver**, s. 372-373.

²⁸⁷ **Tanrıver**, s. 374.

²⁸⁸ **Tanrıver**, s. 375.

²⁸⁹ Anayasanın m. 38/6 hükmünün mutlak delil yasağının medeni yargılamada ve diğer tüm yargı kollarında geçerli olduğu yönünde bkz. **Centel/Zafer**, s. 653-660.; **Özbek, Veli Özer**, CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005, s. 217 ve 846.; **Şahbaz, İbrahim**, İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara 2009, s. 194.; **Öztürk**,

mutlak delil yasağının medeni yargılama hukukunda da geçerli olduğunu savunmaktadırlar²⁹⁰.

B. Yargı Uygulamaları

Bu bölümde Medeni yargılama hukuku bağlamında hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması hususunda yargı kararları ele alınmıştır. Tespit edilebildiği kadarıyla ikibinli yıllara kadar olan dönemde Yargıtay'da hukuka aykırı deliller tartışma konusu olmamıştır. Yani hukuka aykırı delillerin kullanılması hususunun tartışılmaya başlaması ikibinli yıllarda başlamıştır denilebilir.

Özellikle 2002 yılındaki HGK'nın "Eşin günlüğü" kararı²⁹¹ hukuka aykırı delillerin tartışılmasında başlangıç olmuştur. Söz konusu kararda delilin elde edilmiş şeklinin hukuka

Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, s. 483,492.; **Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2007, s. 447.

²⁹⁰**Ünver, Yener**, Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Aralık 2006, S:2, s. 139,140.; Yargıtay Hukuk Dairelerinin medeni yargılama hukukunda konuya ilişkin bazı kararlarında, Yargıtay'ın açık ve kesin bir tavır göstermekten özenle kaçındığını, bu tutumun yerinde olmadığını, ayrıca ilgilinin rızası bulunması halinde hukuka aykırı delillerin kullanılabilmesine yönelik kararın yerinde bir karar olmadığını, hukuka aykırı delil ve yasak delil kuramı ile yasak ağacın meyvesi kuramının özel hukuk uygulamasında yerleşmesi yönündeki talep ve ümitleri endişe verici ve haksız bir şekilde boşa çıkmış olduğunu ifade etmiştir.; **Ersan, Şen**, Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, Ankara 2009, s. 121-133.; Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin kullanılması fikrinin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi hukuk biliminin gereklerine de ters düşeceğini, anayasa m. 138'de belirtilen hakimlerin hukuka uygun olarak karar vermeleri esasındaki " hukuka uygunluk" kavramının, hukuk yargılamalarında hukuka aykırı yollardan elde edildiği ve yasal dayanaktan yoksun olduğu açık olan bir delilin kullanımını engelleyeceğini, Anayasa m. 38/6'daki hükmün hukuka aykırı delillerin kullanılması bakımından hukuk yargılamalarını da kapsayacak genişlikle ve anlamda olduğunu savunmaktadır.

²⁹¹ "Taraflar arasındaki evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan boşanma davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal Asliye 2. Hukuk Mahkemesinde davanın reddine dair verilen 26.4.2001 gün ve 2000/163 Esas, 2001/262 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 9.11.2001 gün ve 2001/14984 Esas, 2001/ 15615 Karar sayılı ilamı ile; (...Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacının davalıyı dövdüğü ifadeler ve günlük birlikte değerlendirildiğinde davalının da güven sarsıcı davranışlar içinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde, taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeye, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Karar: Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan boşanma istemine ilişkindir. Davacı, taraflar arasında son zamanlarda çıkan geçimsizliğin, davalı kadının evi terketmesiyle neticlendiğini ve geçimsizlikte kusurun davalıda olduğunu belirterek, şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanmalarına karar verilmesine istemiştir; davacı vekili 28/11/2000 tarihli delillerin ibrazına ilişkin dilekçesinde, evlilik birliği devam ederken davalı kadının kayıbiraderi A. İle yaşadığı yasak ilişkiyi ortaya koyan günlük isimli defteri mahkemeye ibraz edeceğini, olayın tanıklarca da ifade edileceğini, bu ilişkinin ortaya çıkmasından sonra şiddetli geçimsizliğin başladığını ileri sürerek, davalı tarafından yazılan defteri 7/12/2000 tarihli duruşmada belli ibraz etmiştir.

Davalı, taraflar arasındaki geçimsizlik kusurunun davacıda olduğunu, davacı ile 1990 yılından 1995 yılına kadar gayriresmi birlikte yaşadıklarını, müşterek çocuk C.M.'nin doğumundan sonra 1995 yılında resmen evlendiklerini, henüz 15 yaşında iken kendisini kaçırmak suretiyle evlenen davacının, müşterek yaşamda da zor kullanmayı sürdürdüğünü, 27/2/2000 günü evde kavga çıkaran davacının şiddet kullandığını, aynı gece kayınbiraderinin yanına sığındıktan sonra ertesi gün dövüldüğüne dair rapor aldığını savunarak reddini istemiş; Günlüğün ibraz edildiğini 7/12/2000 günlü duruşmada davalı vekili inceleyip beyanda bulunacaklarını bildirmiş ve müteakip duruşmada günlük müvekkilimin kişisel bir eşyasıdır. Onun izni olmadan delil olarak verilmesini kabul etmiyorum şeklinde bulunmuş, zaptı imzalamıştır.

Yerel mahkemece; dinlenen davacı tanıkları Z.A., Ş. İ. ve Ö.A.'in açık ve kesin bilgilerinin mevcut olmadığı; davalı tanıkları F.K. ve G.K.'nin davalının savunmasını doğrular maiyette davacı kocanın davalıya hakaret edip dövdüğünü bildirdiği, davacı tanıklarının beyanından davalı kadının aile birliğine sadakatsizlikte bulunduğuna dair bir sonuca varılması imkanının görülmediği ve iddianın aksine, davacının kusurlu davranışlarının bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine dair verdiği karar, Özel dairece yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulmuştur.

Yerel mahkeme, davalı kadının izni alınmadan, kendisi tarafından tutulan 'günlük' isimli defterin içeriğinin bu davada, koca tarafından delil olarak ileri sürülemeyeceği, günlük içeriğinin davalı kadının gizlilik alanına, sırlarına dahil olduğu, davalının 'kişilik haklarını' ilgilendirdiği, incelenmesi ve değerlendirmeye tabi tutulmasının mümkün olmadığı; Tek başına tanık beyanlarının da davacı savını kanutlamadığı, davacı kocanın davalı kadını döverek ağır kusur içinde olup davalıya yüklenecek herhangi bir kusurun varlığı ispatlanamadığı gerekçesiyle direnme kararı vermiştir.

Uyuşmazlık; davalı kadının güven sarsıcı davranışlar içerisinde bulunup bulunmadığı, sözü edilen davranışların ispatı ile ilgili olarak davalı tarafından tutulan GÜNLÜK isimli defterin delil niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktalarındadır.

Yargılama sırasında tanıklardan Ş.İ.; Davalı kadının kendisine kocam beni kayınbiraderim A. ile birlikte yakaladı artık eşi ile bir araya gelemeyeceklerini” söylediğini, kardeşi A. ile davalı kadının ilişkisinin bulunduğunu davacıdan ve komşularından da duyduğunu, ifade etmiştir.

Yukarıda aksi kanıtlanmayan tanık anlatımına göre davalı kadın, kayınbiraderi A.'e ilgi duyduğunu ve bu duyguları nedeniyle eşiyle olan müşterek hayatı yürütemeyeceğini, kendisinin de boşanma isteğini bir kısım tanıklara açıklamıştır.

Davalı tarafından tutulan günlük defterinin delil olarak değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği konusu gelince;

Zehirli ağacın meyveleri olarak ifade edilen hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Öncelikle konuyu öğretici bakımından incelemekte yarar vardır.

Berkin, usulsüz veya kanunsuz yahut hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delile dayanılarak hüküm verilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre, posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olan başkalarına yazılmış mektupların veya evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazdığı mektupların çalınarak boşanma davasında delil olarak kullanılması caiz değildir görüşünü ileri sürmüştür.

(Bkz.Prof.Dr.Berkin N. Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi İst. S.734).

Üstündağ hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmesi konusunda usul kanunumuzda bir hüküm bulunmadığını belirtmekte, kitabının bir başka yerinde sesin gizlice banda alınması halinde buna daha sonra bir ispat vasıtası olarak dayanmanın mümkün olduğunu açıklamaktadır. Örnek olarak Alman Mahkemesinin kararına göre, insan seslerinin konuşanın muvafakati olmaksızın tespiti kişilik haklarına bir saldırı olmakla beraber, gizli ses almayı haklı kılan nedenlerin mevcudiyeti halinde bu şekilde bir tecavüze müsaade edilmesi gerektiğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Alman Mahkeme kararına esas teşkil eden olayda evli kadın, kocasına defalarca hakaret etmiş ve bütün bunları a mahkemede inkar edeceğini de ilave etmiştir. Bunun üzerine koca açmayı tasarladığı boşanma davası için bu sahneleri teybe almıştır (Bkz. Prof.Dr. Üstündağ S. Medeni Yargılama Hukuku C.1-II, İst.2000 S.627 ve 762).

Prof. Dr.Pekcanutez'e göre, kişilik haklarının, özel yaşam alanı ve sır alanının ihlali sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektupları delil olarak değerlendirilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu da esas alınmalıdır. Diğer taraftan gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin, bir telefon görüşmesinde, telefondaki ses yükseltici veya ikinci bir dinleme aleti sayesinde tarafların söylediklerinin duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu konudaki tanıklık geçerli olmalıdır. Kişilik hakkının ihlali sonucu elde edilen delilin kullanılmasına hakkı ihlal edilen kişi izin verirse bu delil mahkemece kullanılabilir

(Pekcanitez/Atalay/Özkes, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001/s. 390 vd.)

Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir yasa hükmü olmadığı halde, Ceza Yargılamaları Usulü Yasasında açık düzenleme yapılmıştır. Bu yasanın (CMUK) 254/2.maddesinde koğuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz. denilmiştir. Burada söz geçen hukuka aykırılıklardan birisi de Özel hayata yapılan haksız müdahaledir. Ancak özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alanın hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek alandır. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ise, bunu, kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil Ceza Mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder. (Öztürk, B.Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ank. 1995, S.116 vd.).

Not Defteri ile Hıristiyan kültüründe çok önemli yer tutan Günlüğün özelliklerine değinmekte yarar vardır. Günlük, Hıristiyan Kültürünün bir parçasıdır ve içinde insanın iç dünyasını ilgilendiren son derece gizli ve özel hayatın dokunulmaz alanı oluşturan bilgiler yer alır. Günlüğü tutan kişi yaşadığı günün değerlendirilmesini, vicdani muhasebesini yapar ve bunları Günlüğüne yazar. örneğin sevdiği kızla evlenmeden cinsel ilişkiye girip girmediğini, cinsel tercihlerini yazar. Kiliseye günah çıkarmaya giderken Günlüğünü beraberinde götürür. Bu günlükte özel hayatın gizli bilgileri yer alır. Somut olayda davalı tarafından tutulan not defterinin anlatılan günlük ile bir ilgisi bulunmadığı açıktır. Not defterinin Ceza Yargılamasında delil olarak kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır (Öztürk a.g.e. S.118 vd.).

Somut olayda, tarafların birlikte yaşadığı evde evi terk ettikten sonra kilimli olmayan yerden elde edilip mahkemeye sunulan zor ve tehdit ile ele geçirildiği savunulmayan ve davalı tarafından tutulduğu tartışmasız olan bir yaprağında davacının kardeşi A.'ın resmi bulunan be içinde 'aşkım neredesin, neden gelmedin, sensiz bir saat sene gibi iken koskoca bir gece uzun ve karanlık, bir tanem seni özledim, ne olur gel... (AŞKIM) şu anda aklımdan geçenleri ve yüreğimin sesini bir bilebilseydin seni ne kadar sevdiğimi o zaman, ...sensiz olamayacağımı anlayacaksın bir tanem...sen yanımda olmayınca kendimi savunmasız ve çaresiz hissediyorum... ne olurdu gitmese idin, biliyorum bana ceza verdin, sevgilinle görüşmene izin vermediğinden, ama paylaşmam seni asla...sana hiçbir zaman isteyerek ihanet etmedim...seni özledim...ölmek istiyorum...aldatmak çok ağır geliyor...(30/1/2000 saat 03.10) Bana doğum günü hediyen çok acı oldu...sensizim ve acı doluyum... aşkım ne olur ara beni alkolün esiri oldum...seni beklediğin halde aramıyorsun...artık resminle konuşuyorum...(03/02/2000 saat:02.20) seni seviyorum sır küpü çocuk Yazıları bulunan defterin yukarıda anılan görüşler doğrultusunda delil olup olmadığının değerlendirilmesine gelince; Öncelikli olarak hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekânda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde yada yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekanın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdüklerini bir yer olduğundan kadın gizli mekan kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekânda bulunduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.

Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez.

Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir.

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle, dinlenen tanıkların anlatımlarına, davalı kadın tarafından tutulan not defterinin içeriğine göre, davalı kadının evlilik birliği içinde davacı kocaya karşı sadakatsiz davranışlarda bulunduğu, bu davranışları nedeniyle davacıya nazaran daha ağır kusurlu bulunduğu, tarafların karşılıklı eylemleri nedeniyle müşterek hayatın temelden sarsıldığı, evlilik birliğinin devamına imkân kalmadığı anlaşıldığından bu gerekçelere ve özel dairenin bozma ilamındaki nedenlere göre bozma ilamına uyulması gerekirken eski kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan, direnme kararının bozulması gerekmektedir." (YHGK, 25.09.2002, 2002/2-617 E., 2002/648 K.)

uygunluğu gerekçeleri üzerinde durularak söz konusu delilin incelenmesi ve hükme esas alınması kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nun diğer bir kararında²⁹² da miras bırakanın hukuka aykırı yoldan elde edilmiş ses kaydının kullanılabilirliği konusunda değerlendirme yapılmıştır. Kararda gerekçe gösterilmeksizin somut olayda delilin (video kaydı) elde edilmesinin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak, delillerin değerlendirilmesinde somut olayın şartları açısından video kaydına tek başına delil değeri bulunmadığı değerlendirilmiş ve davacının muvazaa iddiasının kanıtlanmamış olduğu sonucuna varılmıştır.

Hukuk Genel Kurulu'nun bir başka kararında²⁹³ delilin usulsüz olarak elde edilmesi ve yaratılması hususları tartışılmıştır. Usulsüz olarak elde edilen delilin somut olayın özelliğine göre değerlendirilebileceği, ancak usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulünün mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır

Yargıtay, kişinin sosyal medya hesaplarında var olduğu ileri sürülen görüntü kayıtlarının hukuken geçerli ve delil niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini tartışmıştır. Hukuka aykırı nitelikte olan (yaratılmış veya elde edilmiş) delillerin hiçbir şekilde ispat aracı olarak kullanılmayacağını belirtmiştir. Delilin usulsüz ve hukuka aykırı olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesi gerektiği sonucuna varmıştır^{294, 295}.

²⁹² YHGK, 28.05.2003, 2003/1-374 E., 2003/370 K.

²⁹³ YHGK, 15.02.2012, 2011/2-703 E., 2012/7 K.

²⁹⁴ “davalı erkeğe yüklenen hakaret ve tehdit vakıalarının, taraflar arasında geçen telefon konuşmasının kaydedilmesi suretiyle oluşturulan ses kaydının bulunduğuna ilişkin tanık beyanlarına dayandığı görülmüştür. HMK m. 189/2'ye göre, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz. Taraflar arasında geçen bir konuşmanın, davacı kadınca erkeğin bilgisi olmaksızın kayda alınması hukuka aykırı olduğundan, bu ses kaydının bulunduğuna ilişkin tanık beyanlarına da itibar edilemez. Bir ispat aracının Anayasa m. 36 anlamında Meşru vasıta olarak kabul edilebilmesi ve buna ispat gücü tanınabilmesi için, hukukun izin verdiği şekilde elde edilmesi gerekir. Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere veya bunların varlığına ilişkin tanık beyanlarına ispat gücü tanınması, hukuk usulünde geçerli olan silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. Bu sebeplerle, davalı erkeğe yüklenen hakaret ve tehdit vakıaları, hukuka uygun delillerle inandırıcı şekilde ispat edilememiştir. Bir başka ifadeyle, gerçekleşen bu duruma göre boşanmaya sebep olan olaylarda davalı erkeğin kusurlu bir davranışı ispatlanamamıştır.” (2. HD, 12.06.2019, 2019/377 E., 2019/7006 K.)

²⁹⁵ “davalı-karşı davacı erkeğin fiili ayrılık döneminde üçüncü bir kişi ile yaptığı yazışmaların davacı-karşı davalı kadın tarafından ne şekilde elde edildiği belli olmadığından, hukuka aykırı olan bu delile itibar edilerek davalı-karşı davacı erkeğe kusur yüklenmesi yerinde olmamıştır.” (2. HD, 16.09.2019, 2019/1601 E., 2019/8698 K.)

Yargıtay, sahte sosyal medya profili oluşturmak suretiyle veya kişinin profillerinde kişinin bilgisi, muvafakati ve izni olmaksızın yapılan paylaşımların delil olarak sunulması halinde, bu delillerin hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiğine dair karar²⁹⁶ vermiştir.

Yargıtay, davalı-karşı davacı erkeğe kusur olarak yüklenen güven sarsıcı davranışa konu olan mesaj kayıtları davacı-karşı davalı kadının delil listesi ekinde sunulan ve erkeğin, kadının arkadaşı dışında, başka bir kadınla olan yazışmalarıdır. Davacı erkeğin fiili ayrılık döneminde üçüncü bir kişi ile olan yazışmalarını davalı kadın tarafından ne şekilde elde edildiği belli olmadığından, elde edilen yazışmalar hukuka aykırı delil niteliğinde bulunduğundan dolayı bu delile itibar edilemeyeceği kararı²⁹⁷ vermiştir.

Ayrıca Yargıtay, dedektif marifetiyle çekilen fotoğrafların hukuka aykırı olduğunu²⁹⁸, kişilerin haberi olmaksızın, bilgisi ve rızası dışında evine ve otomobiline ses kayıt cihazı yerleştirilmek suretiyle elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu²⁹⁹, özel hayatın gizliliği ihlal edilerek elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğunu³⁰⁰ kararlarında gerekçeleriyle açıklamıştır.

Yargıtay, boşanma davalarında kullanılan ve hukuka aykırı yollardan elde edilen ses ve görüntü kayıtlarını, mesaj içeriklerini son yıllarda hukuka aykırı kabul etmemekte ve kusurun belirlenmesinde hükme esas almamaktadır. Yargıtay'ın ikibinli yıllar öncesi kararlarında hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılabilceğini zımnen kabul ettiği; hukuka aykırı delillerin tartışılmaya başlandığı yıllarda ise söz konusu delilleri, elde edilmiş ve yaratılmış olarak ikiye ayırarak incelediği; ancak son yıllarda hukuk dışı yollardan elde edilen hiç bir delilin kullanılmayacağı sonucuna ulaştığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durum Yargıtay'ın uygulamalarında büyük oranda değişikliklere yol açmıştır.

Ancak hukuka aykırı yollardan delil elde etme vakıalarına halen medeni yargılamada ceza yargılamasına nazaran daha az rastlanmaktadır. Bu nedenle sorunun tartışıldığı kararların da daha az olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca medeni yargılamada tarafların veya vekillerin delilin elde edilme tarzına itiraz etmemesi veya mahkemelerin bu tür itirazları ele almamış olması da Yargıtay kararlarında bu hususun tartışılmasını

²⁹⁶3. HD, 07.03.2017, 2016/14742 E., 2017/2577 K.

²⁹⁷2. HD, 16.09.2019, 2019/1601 E., 2019/8698 K.

²⁹⁸2. HD, 03.04.2019, 2018/1268 E., 2019/3978 K.

²⁹⁹2. HD, 04.12.2018, 2017/3024 E., 2018/13969 K.

³⁰⁰2. HD, 24.6.2020, 2020/2359 E., 2020/3302 K.; 2. HD, 22.10.2020, 2020/4096 E., 2020/5051 K.

engellemiştir. Mevcut kararlar incelendiğinde, delilin kabul edilebilirliği tartışmasına hukuka aykırı yollardan elde edilen delilin ispat konusu olay bakımından tek delil olduğu durumlarda girildiği görülmektedir. Yargıtay'ın medeni yargılamada hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller hususundaki yönelimi, mümkün olduğunca gerçeğe ulaşmak yönünde olmuştur. Ancak son yıllarda Yargıtay da tabiri caizse içtihadını “oyunun centilmence oynanması” yönünde değiştirmiş ve hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılmayacağı yönünde kararlar vermeye başlamıştır.

IV. AİHS VE AİHM’NİN HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILABİLİRLİĞİNE BAKIŞI

İnsan haklarının güvence altına alınması kadar insan haklarının tesirli şekilde korunmasını istemek hakkının da güvence altına alınması gereklidir. Ancak makul sürede yargılanma hakkıyla beraber ülkelerin en çok ihlal ettikleri hak adil yargılanma hakkıdır³⁰¹. Adil yargılanma hakkı, AİHS'nin 6. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“1. Herkes, davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde ve yahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin

³⁰¹ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz/Önok, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Mart 2014, s. 216; Adil yargılanma hakkı kavramı, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasamıza girmiştir.

yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

Genel anlamıyla ifade edecek olursak, adil yargılanma hakkının yargı güvencesinden yararlanma hakkı olarak anlaşılması gerektiği düşünülecek olursa, hukuk yargılamaları ve ceza yargılamalarının irade serbestisini engelleyen ve savunmayı kısıtlayan yollara sapılmadan kanunlarla öngörülmüş esaslar çerçevesinde ve hukuk devleti ilkesi sınırları içinde kalınarak yapılması gerekmektedir. Bu anlamda AİHS'nin 6. maddesi, diğer hakların korunabilmesi için kilit rol oynamaktadır.

Çalışmamızın konusu bakımından ispat yükü, delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirmesi hususları kural olarak milli mahkemelerin yetkisinde olduğundan dolayı sözleşme makamları bunların uygulanması ve yorumlanması bakımından kötüye kullanma kontrolünü gerçekleştirmektedir. Yani AİHM delillerin takdiri bakımından milli mahkemelere geniş takdir yetkisi tanımıştır. Ancak bazı hallerde, delillerin takdiri konusunda adil yargılanma hakkı kapsamında milli mahkemelerin takdirine sınır getirilmektedir. Böylece delillere yönelik eşitsizlik veya hakkaniyetsizlik iddiaları yargılamanın bütünü dikkate alınarak incelenecektir. Bu kapsamda başvurusunun etkin şekilde yargılamaya dâhil edilip edilmediğine, katılma imkânının elinden alınıp alınmadığına, savunma hakkının zarar görüp görmediğine ya da milli mahkemenin değerlendirmesinde keyfilik bulunup bulunmadığına bakılacaktır³⁰².

AİHS'in 6. maddesinde hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin kullanılmayacağına yönelik ceza yargılamasına ya da medeni yargılamaya ilişkin özel ve açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, şu ana kadar medeni haklara ilişkin uyumsuzluklarda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kabul edilebilirliğine yönelik bir sorun AİHM kararına konu olmuş değildir. AİHM'nin adil yargılanma hakkı

³⁰²Kılıçoğlu, s. 82-83.

açısından verdiği kararlarda ise; hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin kullanılabilirliği sorununun iç hukuka göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir³⁰³.

AİHM'nin delil yasaklarına ilişkin çıkış noktasını İsviçre'ye karşı 12.07.1988 tarihli Schenk/İsviçre kararı oluşturmuştur. Schenk/İsviçre davasına konu olayda İsviçre vatandaşı Pierre Schenk, karısını öldürtmek amacıyla kiralık katil Pauty'yi görevlendirir. Ancak Pauty öldürmek üzere görevlendirildiği Schenk'in eşine ve mahkemeye bu durumu bildirir. Pauty, Schenk ile yaptığı telefon görüşmesini kayda alır. İç hukukta yasak olmasına rağmen, İsviçre Federal Mahkemesi cinayet suçunda gerçeği ortaya çıkarmadaki yararın başvuru kişinin kişilik haklarının korunmasındaki yarardan daha fazla olduğunu vurgulamış ve telefon kaydının mahkemede delil olarak değerlendirilmesinde hukuka aykırılık görmemiştir. Başvuru adil yargılanma ve özel yaşama saygı hakkının ihlali gerekçeleriyle AİHM'e başvurmuştur. AİHM, sözleşmenin 6. maddesinde delil araçlarının meşruluğu hususunda bir düzenleme bulunmadığını ve muhakemenin bütününe adil olması halinde hukuka aykırı bir delil bulursa bile değerlendirilebileceğini kabul etmiştir.

Schenk/İsviçre davasında ortaya konulan esaslar dikkate alındığında, bir davada özel kişiler tarafından gizlice elde edilmiş ses kaydı tek veya ana suçlayıcı delil ise ve güvenilirliği hususunda başvuru kişinin ileri sürdüğü makul şüpheler var ve çekişmeli yargılama bu şüpheleri gideren güvenceler sağlamamış ise adil yargılanma hakkının ihlal edildiği kanaatine varılabilecektir³⁰⁴. AİHM, adil yargılanma ilkesinin hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesini kesin şekilde yasaklamadığı görüşüne daha sonraki kararlarında da sadık kalmıştır. AİHM, verdiği bu kararlarda yargılamanın bir bütün olarak adil yürütülmesi açısından hangi ölçütlerin göz önüne alınacağı hususuyla ilgilenmektedir. Hukuka aykırı delilin kullanılabilmesini yegâne delil olmamasına bağlamış gibi görünen bu kararın, ihtiva ettiği özellik gereğince ceza yargılaması için olabilese dahi, ceza yargılamasından tamamen farklı dinamiklere sahip olan medeni yargılamaya taşınamayacağını düşünüyoruz.

Bu aşamada adil yargılanma hakkını koruyan 6. maddenin yanı sıra özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin 8. madde de önem teşkil etmektedir. Bu hükmün birinci fıkrasına göre, "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*" denilmiştir. İkinci fıkrada ise istisnalar

³⁰³Kılıçoğlu, s. 83.

³⁰⁴İnceoğlu, s. 291.

düzenlenmiştir. Buna göre, “*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*” denilmiştir. Mahkeme, 8. maddenin bir devlet organı tarafından ihlali halinde ceza yargılamasında delili kullanma yasağının ortaya çıkıp çıkmayacağı hususunda çok kere karar vermiştir³⁰⁵. Mahkemenin bu süreklilik arz eden içtihadı delili kullanma yasağının ortaya çıkıp çıkmayacağı sorusunun cevabını milli mahkemeye bırakmakta ve yargılamanın bir bütün olarak hukuk devleti esaslarını taşıyıp taşımadığını inceleyerek adil yargılamanın gerçekleşip gerçekleşmediği kanaatine varmaktadır.

AİHM’e göre, ceza yargılamasında verilen mahkûmiyet sadece ve esas olarak özel hayatın ihlali ile elde edilmiş bir delile dayanmıyorsa ayrıca delil ikame edilebiliyor ve başvuru tarafından bu delilin güvenilirliği ve gerçekliği konusunda itiraz edilebiliyorsa hakkaniyete aykırılık mevcut olmayacaktır. Ancak, işkenceyi, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan sözleşmenin 3. maddesi ihlal edilerek elde edilen delillere dayanılması, delilin davadaki rolü önem taşımaksızın kesinlikle adil yargılamayı ihlal edecektir³⁰⁶. Sonuç olarak, hukuka aykırı delillerin yargılama kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorununun genel olarak adil yargılanma kapsamında ele alındığı söylenebilir.

V. HUKUKA AYKIRI YOLDAN ELDE EDİLEN DELİLLERE İLİŞKİN ÇEŞİTLİ HUKUKSAL SORUNLAR

A. Hukuka Aykırı Delil Vasıtasıyla Elde Edilen Deliller

Yukarıda bahsettiğimiz üzere delil elde edilmesinin sınırını delil yasakları oluşturmaktadır. Delilin hukuka aykırı elde edildiğinin tespit edilmesine ve söz konusu delilin yargılamada kullanılamamasına rağmen, bu delilden yola çıkılarak, hukuka uygun şekilde elde edilen delilin yargılamada kullanılmasının mümkün olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu sorun Kıta Avrupası hukuk sisteminde “Hukuka aykırı

³⁰⁵Centel/ Zafer, s. 658-659.

³⁰⁶İnceoğlu, s. 288.

delillerin uzak etkisi”, Anglosakson hukuk sisteminde “Zehirli ağacın meyvesi” olarak adlandırılmaktadır.

ABD Anayasası’nın 4. Eki’ndeki hukuka aykırı delili değerlendirmeme kuralı hukuka aykırı arama ve el koyma ile ele geçen her türlü delile uygulanabilmektedir. Fakat delilin bir parçasının hukuka aykırı arama ve el koymadan türetilip türetilmediğini belirlemenin zor olması nedeniyle Yüksek Mahkeme bu soruna çözüm olarak “Zehirli ağacın meyveleri” deyimini bulmuştur³⁰⁷. Zehirli ağaç, Ek 4’ün ihlaliyle gerçekleştirilen arama işlemi; meyve ise, hem bu hukuka aykırı eylem sonucunda doğrudan elde edilen delilleri, hem de yine bu hukuka aykırı davranış ile dolaylı olarak elde edilen türev delilleri ifade etmektedir³⁰⁸.

Hukuka aykırı delillerden yola çıkılarak elde edilen delillere “Türev delil” denilmektedir. Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi öğretisinin kabul edilip edilmemesi ve ne şekilde uygulanacağı gibi konular öğretilen ve yargı kararlarında tartışmalıdır³⁰⁹. Bu hususta çeşitli görüşler bulunmaktadır ve bu konuda asıl sorun delil yasağına takılan bir delilden öğrenilen bilgilerin devlet makamlarınca veya üçüncü kişilerce başka delilin elde edilmesinde veya savcılık/mahkemeden bir delilin toplanmasını veya incelenmesini talep ederken kullanılıp kullanılmayacağıdır.

Delil yasaklarının varlığı söz konusu olduğunda elde edilen delil ispat aracı olarak kullanılamaz. CMK’nın 217/2 maddesi “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” hükmüne amirdir. Görüldüğü üzere kanun koyucu bir ayırım yapmaksızın her türlü hukuka aykırı delilin kullanılmasını yasaklamıştır. Bu nedenle hukuka aykırılığın doğrudan veya dolaylı olması arasında fark gözetilmemektedir. Zira, Türk hukuk sisteminde hukuka aykırılık bir bütündür ve basit, önemli, önemsiz, ağır veya hafif gibi hukuka aykırılık ölçütleri getirilmemiştir. Şöyle ki; işkence ile elde edilen adreste hukuka uygun arama yapılsa dahi, elde edilen delil yargılamada kullanılamayacaktır. Bu kuralın uygulanmaması veya görmezden gelinmesi insan hakları ihlallerinin kapısını aralayacaktır.

³⁰⁷Saltzburg and Capra, 2004, **a.g.k.**, 535.

³⁰⁸**Köse, Metin**, Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, EAÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Haziran 2016, s. 233.

³⁰⁹**Dülger**, s. 106-107.

Zehirli meyvenin yani hukuka aykırı türev delilin başka bir soruşturma veya yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı da tartışma konusudur. Anayasanın 38. maddesi ve CMK'nın 217. maddesi gereğince türev delilin kullanılmaması kuralı yargılamanın her aşamasını ilgilendirdiği kadar, başka bir suç veya uyuşmazlıkla ilgili her türlü yargılama işleminde kullanılmamasını da kapsamaktadır. Yani türev delilin başlangıç şüphesi olarak da kullanılması mümkün değildir³¹⁰.

Hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin işlevi ve etkisi konusunda üç ana görüş bulunmaktadır; bunlardan ilki, hukuka aykırı delile dayanarak elde edilen türev delilin de hukuka aykırı olduğu kabul edilir. İkinci görüş, türev delilin hukuka aykırı elde edilen delilden etkilenmeyeceğini iddia eder ve aykırılık ilk delille sınırlandırılarak bir delilin uzak etkisi kabul edilmez. Üçüncü görüş ise, bu hususun hâkimin takdirine ve değerlendirmesine bırakılması gerektiğini, hukuka aykırı deliller aracılığıyla elde edilen delillerin tümünün kullanımını yasaklamak yerine birtakım ölçütler getirerek bu delillerden bazılarının yargılamada kullanılmasına imkân vermek gerektiğini düşünmektedir. Burada somut olayın özelliği önem arz etmektedir. Delilin, hukuk düzenine ve temel haklara bir aykırılığının bulunup bulunmadığı veya ihlalin ağırlığı değerlendirilerek, türev delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağına karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Anayasa değişikliğinden önce CMK'nın 148. maddesindeki (Mülga CMUK m. 135/a) “*Yasak yöntemlerle delil elde edilemez, delil olarak değerlendirilemez*” hükmüne dayanılarak ifade veya sorgu sırasında veya hukuka aykırı şekilde alınan beyandan yola çıkarak elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır. Ancak Anayasanın 38/6 maddesinin 2001 yılında uğradığı değişiklikle delil ifadesinin bulgu olarak değiştirilmesi ile delil yasaklarının uzak etkiyi de kapsadığı ve bu konuda tartışmaların azaldığı; ancak yine de aşağıda yer verildiği üzere tartışmaların doktrinde ve yargı uygulamalarında tam olarak bitmediği görülmektedir³¹¹.

1. Uzak Etkiyi Kabul Eden Görüşler

Türk hukukundaki baskın görüşün hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin kabul edilmesi yönünde olduğu görülmüştür. Şöyle ki;

³¹⁰Dülger, s. 109-110.

³¹¹Dülger, s. 108-110.

Ünver/Hakeri, delil yasakları hususunda “mutlak delil yasağını” savunmaktadırlar. Bununla birlikte delil yasaklarının uzak etkisi bakımından da zehirli ağacın meyvelerinin kesinlikle zehirli olduğunu savunmaktadırlar. Yazarlara göre hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller yoluyla dolaylı olarak ulaşılan deliller hukuka uygun yolla elde edilse dahi hukuka aykırı olacaktır³¹².

Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre, hukuka aykırılığın doğrudan veya dolaylı olması arasında fark bulunmamaktadır. Bunun neticesinde delil yasaklarının bulunması halinde söz konusu delil karara esas alınmaz ve bu husus mutlak bir değerlendirme yasağı olarak kabul edilmelidir. Delil yasakları, elde edilmesini sağladığı diğer delilleri de karara esas alınamaz hale getirmektedir³¹³.

Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Kırıt/Özaydın/Akcan/Erden’e göre, Anayasa’nın 38. maddesinde yapılan değişiklik ile delil yerine bulgu kelimesinin kullanılmasıyla bu tartışmalara son nokta konulmuştur ve bunun aksi uygulama insan hakları ihlallerine yol açacaktır. Yazarlar, hukuka aykırı delillerden yola çıkılarak elde edilen delillerin kullanılmasının mümkün olmadığını düşünmektedirler. Ayrıca yasa sorgu yöntemleri kullanılarak elde edilen delillerin, ister doğrudan ister dolaylı yoldan olsun, hiçbir ceza muhakemesinde hatta hiçbir muhakemede kullanılmayacağını belirtmişlerdir³¹⁴.

Centel/Zafer, isnat olunan suçun ancak hukuka uygun deliller ile ispat edileceğini ve Anayasaya göre hukuka aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kullanılmayacağını belirtmişlerdir. Türk hukukunda deliller arasında herhangi bir ayırım bulunmadığından dolayı, delil yasaklarına ilişkin teorinin türev deliller için de geçerli olduğunu savunmaktadırlar³¹⁵.

Yurtcan, çürük bir temel üzerine sağlam bir bina inşa edilmesinin mümkün olmadığını, ilk delilin hukuka aykırı yolla elde edildiğini ve bunun sonucunda dolaylı yoldan elde edilen delilin de değerlendirme dışı tutulması gerektiğini ifade etmektedir³¹⁶.

³¹²*Ünver/Hakeri*, s. 194.

³¹³ **Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 700.

³¹⁴**Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Özaydın, Özdem/Alan Akcan, Esra/Erden, Efser**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 417-418.

³¹⁵*Centel/Zafer*, s. 701.

³¹⁶**Yurtcan, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Alfa Basım, 1994, s. 367.

Koca'ya göre, mülga CMUK'un 135/a (CMK m. 148) maddesindeki "delil olarak değerlendirilemez" ifadesi açıktır. İşkence gibi yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen ifade vasıtasıyla elde edilen delilleri muhakemeye sokmak yasak sorgu yöntemlerini yasaklayan yasal düzenlemeleri işlevsiz hale getirecektir. Aksi anlayış yasak sorgu yöntemi kullanılmasının önünü açmak olur, buda kanunun ruhuna aykırıdır³¹⁷.

Muharrem Özen/Mustafa Özen, Anayasa'nın 38. maddesi ve CMK'nın 217/2 maddesi gereğince delil yasaklarının dolaylı etkisinin tartışma olmaktan çıktığını savunmaktadırlar. İşkence veya başka bir yöntemle elde edilen delilin doğrudan veya dolaylı etkisine bakılmaksızın, sanığa ikrarda bulundurulmuşsa hem ikrarın hem de ikrarla elde edilen diğer dolaylı delilin kesin bir şekilde hükme esas alınamayacağını belirtmektedirler³¹⁸.

Erman, zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olduğunu savunmaktadır. Zira delili sadece sanık biliyorsa ve sanığı zorlayarak delili elde etmek sanığı kendi aleyhine tanıklığa zorlamaktır. Bu durum ise Anayasanın ve insan haklarının ihlali anlamına gelmektedir³¹⁹.

Öztunç, hukuka aykırı delillere ilişkin Türk hukukunda herhangi bir ayırım yapılmamış olduğunu ve hukuka aykırı olarak elde edilen delilden yola çıkarak başka bir delil elde edilmesi halinde, 5271 sayılı CMK ve mülga CMUK'un benzer düzenlemelere sahip olduğu ve bu konuda takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir değerlendirme yasağı bulunduğu görüşündedir³²⁰.

İpekçioğlu ise, her ne kadar CMK m. 148'de hukuka aykırı delillerin dolaylı etkisi yasaklanmamış olsa da, bu delillerin muhakemede kullanılamayacağını ve hükme esas alınmaması gerektiğini de ifade etmektedir. Hukuka aykırı delillerin doğrudan etkisini yasaklama için yeterli bulurken, dolaylı etkisini yasak kapsamı dışında tutmanın çelişkili olacağını belirtmektedir³²¹.

³¹⁷**Koca, Mahmut**, "Ceza Muhakemesinde Deliller", CHD, Y.1, S.2, Aralık 2006, s. 207-225.

³¹⁸**Özen, Muharrem/Mustafa Özen**, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları", YÜHFD, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, C.IX, S. 2, 2012, s. 324.

³¹⁹**Erman, Sahir**, Sentez Raporu, Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 1996, s. 385.

³²⁰**Öztunç**, s. 191-193.

³²¹**Aksoy İpekçioğlu, Pervin**, Gözaltında Alman İfadenin Önemi ve Delil Değeri, AÜFHD, C.87, S.3, 2008, s.64.

Akbulut, Anayasa'nın 38. maddesi ve CMK'nın 206. ve 2017/2 maddeleri gereğince zehirli ağacın meyvesinin yenemeyeceği, kanunda belirtilen sınırlamaların dışına çıkılarak elde edilen delillerden yola çıkarak ele geçirilen bulguların başlangıç şüphesi dahi oluşturamayacağını savunmaktadır. Ayrıca CMK'nın 289. maddesinde belirtilen "Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması" halini hukuka kesin aykırılık kabul etmekte ve hükmü etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın zehirli ağacın meyvesinin kabul edilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, aksi yönelimle zehirli ağacın meyvesinin kabul edilmesi, kanunun birçok hükmünün dolanılması ve bilerek uygulanmamış olması sonucunu meydana getirecektir³²².

Dülger'e göre, hukuka aykırı yoldan elde edilen hukuka uygun türev delilin herhangi bir aşamada ve biçimde kullanılması mümkün değildir. Yazar, hukuka aykırı yollarla elde edilen bir delilin mutlak ve nispi ayrımlara tabi tutularak başlangıç şüphesine temel oluşturmasının da mümkün olmayacağını, delilin doğrudan veya dolaylı elde edilmiş olmasının uzak etkinin sonuçları hakkında bir ayrıma sebep olmayacağını ve bu tür delillerin muhakemenin hiçbir aşamasında ve hiçbir surette kullanılmayacağını ifade ederek zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağını belirtmiştir³²³.

2. Uzak Etkiyi Kabul Etmeyen Görüşler

İçel'e göre, yasak sorgu yöntemleriyle alınan ifadeyi değerlendirmeyecek hâkimin böyle bir ifade ile ele geçirilen başka bir delili görmezden gelmemesi gerekmektedir. Yazar, hukuka aykırı şekilde alınan ifadeden yola çıkılarak elde edilen delilin kaynağını oluşturan hukuka aykırı ifade dikkate alınmaması gerektiği ancak hukuka uygun başka delillerle desteklenen dolaylı delilden hüküm kurulurken yararlanabileceği görüşündedir³²⁴. *Önder/ Cihan da* bu doğrultuda görüşlerini açıklamışlardır³²⁵.

³²²**Akbulut, Berrin**, Delil Değerlendirme Yasakları, Fasikül Hukuk Dergisi, Y.2, S.13, Aralık 2010, s.23-24.

³²³**Dülger**, s. 121.

³²⁴**İçel, Kayıhan**, Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul, İÜHF Yayını, 1998, s. 123-124; **İçel, Kayıhan**, "Arama, Elkoyma ve Buna Bağlı Hukuka Aykırı Deliller" (Oturum Başkanı Olarak Yaptığı Konuşma), Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu (10-11-12 Mart 1995, İstanbul), 2. Gün, İstanbul, s. 241-242.

³²⁵**Önder, Ayhan/Erol Cihan**, Özet Ceza Muhakemesi Hukuku'na 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 31.

3. Karma Görüşler

Karma görüşe göre, hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin değerlendirilmesinde açıkça hukuk düzenine ve temel haklara ilişkin aykırılık söz konusu olup olmadığı ve olayın ağırlığıyla ilgilenilmelidir. Karma görüş içinde bir başka görüş ise, delil yasaklarının uzak etkisinin saptanmasında delilin doğrudan veya dolaylı elde edilmesine göre değil, mutlak veya nispi bir delil yasağının ihlal edilerek elde edilip edilmediğine göre bir ayırım yapılması kanaatindedir. Bu görüşe göre, işkence gibi mutlak bir delil yasağına dayanarak elde edilen delil ceza muhakemesinin hiçbir aşamasında kullanılamaz. Ancak, delil elde edilirken nispi bir delil yasağı ihlal edilmiş ise, bu delil hem devam eden yargılamada kullanılabilir hem de diğer soruşturmalar için başlangıç şüphesi olarak kullanılabilir³²⁶.

Bazı yazarlar tarafından bir ayırma gidilerek karma görüş içerisinde iki ayrı görüş ortaya çıkmıştır. Bazı yazarlar hukuka aykırı türev delillerin elde edildikleri muhakemede kullanılmayacağını ancak başka bir soruşturma için başlangıç şüphesi olarak kullanılabileceğini düşünmektedirler. Bazı yazarlar ise, nispi hukuka aykırı olarak elde edilen türev delillerin kullanılabilmesini ifade etmektedirler³²⁷.

Şahin'e göre, elde edilen delillerin dolaylı olması halinde, deliller mutlak delil yasağı ihlal edilerek elde edilmiş ise bu deliller değerlendirilemez. Ancak, mutlak delil yasağı dışında kalan delillere, devlet kendi olanakları ile ulaşabilecek konumda ise deliller değerlendirilebilir. Yazara göre, hukuka aykırı deliller aracılığıyla elde edilen diğer delillerin başka bir suç bakımından soruşturma başlatılmasına yeter derecede şüphe uyandırması halinde, bu şüpheye de devletin kendi imkânlarıyla ulaşabileceği kesin ise, hukuka aykırı şekilde elde edilen diğer deliller başlangıç şüphesine temel oluşturabilmelidir³²⁸.

³²⁶ **Altunkaş, Aysun**, Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı İnsan Hakları Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 211.

³²⁷ **Dülger**, s. 114.

³²⁸ **Şahin, Cumhuriyet**, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 478; **Şahin, Cumhuriyet**, Sanığın Kolluk tarafından Sorgulanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 232-233.

Yenisey de, işkence dışında kalan hallerde hukuka aykırı delil aracılığıyla elde edilen delile, devlet kendi imkânlarıyla ulaşabilecek konumda ise hukuka aykırı delil aracılığıyla elde edilen diğer delillerin değerlendirilebileceği görüşündedir³²⁹.

Kaymaz'a göre, elde edilirken kurallara uyulmadığı için hukuka aykırı hale gelen deliller aracılığıyla elde edilen diğer delillerin istisna gözetmeksizin değerlendirme dışı bırakılması doğru değildir. Bu durum haksız beraat kararlarına neden olmaktadır. Yazara göre, mutlak delil yasakları ihlal edilerek ele geçirilen dolaylı deliller yargılamada değerlendirilemeyecek ve başlangıç şüphesi de teşkil edemeyecektir. Ancak, bu tür delillerin muhakemede kullanılıp kullanılmamasının ölçütünün anayasal bir hakkın ihlal edilip edilmediği olması gerektiğini düşünmektedir³³⁰.

Öztürk, hukuka aykırı delillerin uzak etkisini kabul etmiş ve bunların muhakemede kullanılmayacağını değerlendirmiştir. Yazar, işkence gibi mutlak delil yasağı ihlal edilerek elde edilen delillerin sebebi ne olursa olsun muhakemenin hiçbir safhasında kullanılmayacağını; ancak, nispi delil yasağı ihlal edilerek elde edilmiş (örneğin, özel hayatın gizliliği ihlal edilerek yapılan aramada ele geçirilen) delillerin başlangıç şüphesine temel olabilmesinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır³³¹.

Eryılmaz, delillerin uzak etkisi hususunda kanunda yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığını, hukuka aykırı delil ile ulaşılmak istenen amacın, sanığın temel hak ve özgürlüklerini ihlal edip etmediğine bakılması ve ihlal edilen kural ile korunan menfaatin karşılaştırılması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, orantılılık ilkesinin aranmasının daha uygun olduğunu ve genel sınırlayıcı bir kural koyulmasının zorluklara sebebiyet vereceğini belirtmektedir. Bununla birlikte hâkime takdir yetkisi tanınarak her olayı kendi özelliklerine göre ayrıca değerlendirmenin daha isabetli olacağını vurgulamaktadır³³².

Aksoy İpekçioğlu, hukuka aykırı alınan ifadeden elde edilen türev delillerin kullanılmasını, yeni bir suça ilişkin olup olmamasına göre ikiye ayırmıştır. Yazara göre, hukuka aykırı olarak alınan ifade aracılığıyla, adli makamlarca bilinen bir suç hakkında

³²⁹ **Yenisey, Feridun**, Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, 24.10.1994 Yargıtay'da Sunulan Tebliğ, Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Madde 1-257, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1995, s.1214-1239.

³³⁰ **Kaymaz, Seydi**, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997, s. 274.

³³¹ **Öztürk, Bahri**, Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları: Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller-Delil Yasakları, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995, s. 35.

³³² **Eryılmaz, Ali**, Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil, Ankara, Hukab Yayınları, 2013, s. 120.

yeni bir delile ulaşılması durumunda, söz konusu delilin kullanılması mümkün değildir. Ancak, hukuka aykırı olarak alınan ifade sonucunda, yeni bir suça ilişkin bir delile ulaşılması halinde, bu delilin başka bir suç için soruşturmanın başlangıç şüphesi olarak kullanılması mümkündür³³³.

4.Yargı Uygulamaları

Hukuka aykırı delillerin uzak etkisi Yargıtay kararlarında da tartışılmıştır. Her ne kadar aşağıda ceza yargılamasına ilişkin örnekler verilmişse de hukuk yargılamasında da türev delillerin kullanılmayacağı açıktır. Ancak Yargıtay'ın bu konudaki kararlarının değişiklik gösterdiği, somut duruma ve hatta Yargıtay üyelerinin bakış açılarına göre görüşlerin değiştiği görülmektedir.

YCGK'nın 2005 tarihli "Hint keneviri kararı" olarak bilinen kararında³³⁴ ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evresinde sanığın ihbarla uyumlu olarak hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı ile izinsiz hint keneviri ekme suçunun sübuta erdiği gerekçesiyle sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Hâkim tarafından verilmiş bir arama kararı olmadan, şüphelinin eşinin verdiği geçersiz rıza ile yapılan hukuksuz arama ile elde edilen delillerden yola çıkılmış ve elde edilen ikrarı ispat vasıtası olarak hukuka uygun delil olarak kabul edilmiştir. YCGK, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi kuralını ihlal eden ve hukuka aykırı yollardan delil elde edilmesinin önünü açan bir karar vermiştir. Kararın karşı oyunda, "*Hukuka aykırı olarak sanıktan alınan ifadeden veya hukuka aykırı yapılmış bir ev araması sonucunda elde edilen delilden yola çıkılarak başka delillere ulaşılabilir. İşte bu durumda ortada hukuka aykırı delil niteliği taşıyan bir ifade veya arama sonucunda elde edilen bir delil vardır ki bu deliller de yargılamada kullanılamaz. Hukuka aykırı yapılan arama sonucu elde edilen delili yargılamada kullanmamak yeterli değildir. Bu deliller vasıtasıyla elde edilen deliller de hukuka aykırı olduğundan yargılamada kullanılmamalıdır*" denilmiştir.

YCGK'nın 2009 tarihli "Sahte rakı" kararı³³⁵ ise uzak etki açısından son derece önemli bir yere sahiptir. Bu karar ile YCGK delillerin uzak etkisini kabul etmiş ve

³³³Aksoy İpekçioğlu, s. 64.

³³⁴YCGK, 29.11.2005, 2005/7-144 E., 2005/150 K.

³³⁵"Soruşturma ve kovuşturma işlemleri, gerçekleştirildiği tarihte yürürlükte bulunan usul kurallarına uygun olmalıdır. Arama işleminin yapıldığı tarihteki yasal düzenlemelere göre, arama ancak hâkim kararıyla

uygulamıştır. Hukuka aykırı olarak yapılan arama neticesinde ele geçirilen sahte rakı ve buna ilişkin tutanak ile şüphelinin ikrarı elde edilmiş ise de, bu ikrarın hukuka aykırı delilden bağımsız düşünülemezliği ve hukuka aykırı arama ile ulaşılan delil vasıtasıyla elde edilen ikrarın da hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay 11. CD'nin 2011 tarihli bir kararında³³⁶ zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur kabulüyle türev delillerin kullanılamayacağı açıklanmıştır.

Yargıtay 19 CD'nin 2015 tarihli kararında³³⁷ ise ceza muhakemesinin amacının sosyal düzenin korunması ile hak ve özgürlüklere saygı arasında denge kurularak maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu, delillerin bir veya bir kaçının hukuka şekilde elde edilmesinin hukuka uygun şekilde elde edilen delillerin yok sayılmasını gerektirmeyeceği ayrıca sanığın –hukuksuz- arama işlemine itirazının bulunmaması ve mahkeme huzurunda alınan sanık ifadesinde ve mahkeme kararının sadece arama sonucu elde edilen delile dayanmadığı nedeniyle türev delilin kullanılabilirliği kararı vermiştir. Karara karşı muhalif kalan üyeler ise sanığın işyerinde hukuka aykırı arama ile elde edilen delillere dayanılarak hazırlanan bilirkişi raporlarının mahkemece hükme esas alınmaması ve suçun maddi

mümkündür. Cumhuriyet Savcıları ile onun yardımcısı sıfatıyla emirlerini yerine getirmekle görevli kolluğun arama emri yetkisi istisnai olup, bu yetkinin doğması için bir ön koşul olarak, gecikmesinde sakınca umulan halin gerçekleşmesi gerekir. Gecikmede sakınca bulunduğu söz edebilmek için de, ilgilinin hâkime başvurup karar aldıktan sonra tedbiri uygulamak istemesi halinde o tedbirin uygulanamaz duruma düşmesi ya da uygulanması halinde dahi beklenen faydayı vermemesi söz konusu olmalıdır... dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C.Başsavcılığı'nca, ihbar tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ihbar sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ihbarın da bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır. Diğer yönden, dosyada sanığa ait bir ikrar bulunmadığı gibi, bir an için sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi, maddi kanıtlarla desteklenmeyen ve özgür irade türünü olmayan bu ikrara da dayanılması mümkün değildir. Hukuka aykırı biçimde elde edilen deliller, Türk Ceza Yargılaması Hukuku sisteminde dikkate alınamayacağından, sanığın işyerinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işleminde elde edilen maddi kanıt ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, hükme esas alınması olanaksızdır.” (YCGK, 17.11.2009, 2009/7-160 E., 2009/264 K.)

³³⁶ “Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun 5271 Sayılı C.M.K.nun 135/6. maddesinde sayılan suçlardan olmadığı, anılan maddede sayılan suçlardan birine dönüşme olanağının da bulunmadığı ve her ne kadar tedbir kararları anılan maddede sayılan parada sahtecilik ve suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçlarından alınmış ise de küçük bir beldede yaşayıp sabıkası bulunmayan, çiftçilikle uğraşan sanık Y hakkında bu durumuyla bağdaşmayan isimsiz bir ihbara dayanılarak parada sahtecilik suçundan tedbir talebinde bulunduğu nitekim bu suçtan bir dava açılmadığı, soruşturma sonucunda gerek iletişim tespit tutanakları gerekse de tüm dosya kapsamı itibari ile bu suçun işlendiğini gösterir herhangi bir delil elde edilemediği, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçundan kamu davası açılmış ise de suçun unsurlarının oluşmadığından bahisle sanıkların beraatlarına karar verildiği birlikte değerlendirildiğinde genel bir suç şüphesiyle telefon dinlenilmesini ve devamını sağlamak maksadıyla kanunun aradığı suçlardan birinin işlendiği iddia olunarak tedbir talep edilip kararlar alındığı anlaşılacakla iletişim tespit tutanaklarının delil olarak kabul edilemeyeceği, ‘zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir’ kuralı uyarınca her bir suç açısından mevcut diğer delillerin durumu da değerlendirilerek sonucuna göre tüm sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hükümler kurulması...” (11. CD, 22.02.2011, 2010/6505 E., 2011/1134 K.)

³³⁷19. CD, 09.11.2015, 2015/12122 E., 2015/6823 K.

konusu olan eşya hukuka aykırı şekilde ele geçirildiğinden, sanığın ikrarının soyut kalacağından dolayı bunlara dayanılarak ceza verilemeyeceği yönündedir. Dairede bu hususta bir kısım üyelerin muhalif kaldığı ve görüş birliği sağlanamadığı görülmektedir.

Yargıtay 10. CD'nin 2021 tarihli bir kararında³³⁸, “Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda yetki kazanmadan yapılan işlemler hukuka aykırı olup, elde edilen delillerin, delil değerlendirme yasağı kapsamında kaldığı, hukuka uygun kabul edilemeyeceği ve yine suçun maddi konusunu oluşturan deliller ya da suçun maddi konusu “hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş” olacağından, ikrar bulunsa bile Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrası, CMK'nın 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi ve 217. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hükme esas alınamayacağı” belirtilmiştir. Aynı şekilde Yargıtay 7. Ceza Dairesinin de kararı³³⁹ bu yöndedir.

Dolayısıyla Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu kararların somut olay, zaman, daireler, dairelerdeki üyelere göre değiştiği ve henüz bir istikrarın bulunmadığı ancak istikrar kazanmaya başladığı anlaşılmaktadır.

5. Görüş ve Değerlendirme

İngiliz mahkemesinin 1846 tarihli *Pearse v. Pearce* kararında³⁴⁰ “Keşif, doğrulama ve gerçeklik kurumu kesinlikle adalet mahkemelerinin varlığının ana amacıdır. Bu amacı elde etmek için, değerli ve önemli olmasına rağmen, gerçeğin elde edilmesine giden her yol açık değildir ve olmamalıdır...Gerçek, diğer iyi şeyler gibi, belki akılsızca sevilabilir- belki gayretle izlenebilir- ancak bedeli çok fazla olabilir” denilerek maddi gerçeği aramanın mutlak olmadığı ve daha başka ilkelerin ve menfaatlerin de bulunduğu belirtilmiştir.

³³⁸ 10. CD, 17.03.2021, 2017/2242 E., 2021/3647 K.

³³⁹ “Dosya kapsamına göre sanık ve kaçak eşya konusunda mahkemece verilmiş bir arama kararı olmadığı gibi gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısı tarafından da verilmiş bir yazılı arama kararının da bulunmadığı, buna göre yapılan aramanın usul ve yasaya aykırı olduğu ve ele geçen delillerin de hukuka aykırı delil niteliğinde olup, Anayasamızın 38. maddesinin 6. fıkrası da Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez. hükmü ve yine 5271 sayılı CMK'nun 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkraları da hukuka uygun surette elde edilen delillerin kullanılabilceğini, kanuna aykırı elde edilenlerin ise hükme esas alınamayacağı şeklinde açık düzenlemeleri karşısında, hiç bir aşamada suçlamayı kabullenmemiş olan sanık hakkında hukuka aykırı şekilde elde edilen ve kaçak olduğu anlaşılan eşyanın hükme esas alınamaz” (7. CD, 07.06.2021, 2018/18571 E., 2021/7505 K.)

³⁴⁰ *Pearse v. Pearce*, (1846) 1 De G & Sm 12, 27; 63 ER 950, 957.

Ceza muhakemesinin amacı suçluyu bulmak ve cezalandırmak değildir. Keza, muhakemenin amacı ne pahasına olursa olsun, gerçeğin ortaya çıkarılması da değildir. Hukuk devletinin yargı organları, hukuk kuralları çerçevesinde adaleti sağlamalıdır. Yukarıda anlattığımız üzere temeli sağlam olmayan bir delilin muhakemede kullanılması, hukuka aykırı uygulamaların önünü açarak kuralların görmezden gelinerek bilinçli şekilde uygulanmamasına neden olacak sonuçlar doğurabilir³⁴¹. Uzak etkinin kabul edilmemesi, işkence ve kötü muamele yasaklarını içeren düzenlemelerin tümünün boşa çıkmasını ve bu hususlarda verilen mücadelelerin boşa gitmesine sebep olabilecektir. Uzak etkinin kabul edilmemesi, soruşturma görevlilerine işkence ve kötü muamele yaparak delil etme kapısını aralayacak ve cesaretlendirecektir.

Delil yasaklarının uzak etkisi, Anayasa'nın 38/6, CMK'nın 217/2 ve 206/2-a maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa'nın 38/6 maddesinde "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*", CMK'nın 217/2 maddesinde, "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*", CMK'nın 206/2-a maddesinde, "*Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse...*" denilerek zehirli ağacın meyvesinin de zehirli olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeler doğrultusunda muhakeme esnasında ve hüküm aşamasında yalnızca hukuka uygun şekilde elde edilmiş deliller dikkate alınmalıdır.

CMK'nın 148. maddesinde düzenlenen yöntemlere başvurulması yasaktır. Buna rağmen bu yöntemlere başvuru olarak elde edilen bilgilerin, ceza muhakemesinde kullanılmasına müsaade etmek, Anayasa'nın 38/5 maddesinde "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" şeklindeki düzenlemeye aykırılık teşkil ederek kişinin gözetiminde işkence ve kötü muameleyle maruz kalmasına neden olacak ve sanık haklarını korumak üzere yapılan düzenlemeler soruşturma görevlileri lehine yorumlanmış olacaktır. Bu da hukuk devleti ilkesine aykırı davranılmasına neden olacak ve kişi hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesinin yolunu açacaktır.

Bu nedenle, zehirli ağacın meyvesinin herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın kabul edilmesi doğru olacaktır. Zehirli ağacın meyvesi yani türev delilin, doğrudan veya dolaylı

³⁴¹Dülger, s. 119.

yoldan elde edilmesi bu yolla ihlal edilen hakkın temel haklara ilişkin olup olmadığının, ihlal edilen delil yasağının nispi veya mutlak olup olmadığının önemi yoktur. Yani zehirli ağacın meyvesinin bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla bu tür zorlama ayrımlar yapılmamalıdır. Nasıl ki, temeli sağlam olmayan bir bina çökmeye mahkûmsa, elde edilişi hukuka aykırı olan temel bir delilden elde edilen bir türev delil de hukuka aykırıdır. Bu nedenle hiçbir ayırım yapılmaksızın ceza muhakemesinde veya başka bir soruşturmada başlangıç delili olarak kullanılmamalı ve hükme esas alınmamalıdır.

Kaldı ki; Anayasa düzenlemesi gereğince de hukuka aykırı elde edilen deliller sadece ceza muhakemesinde değil, tüm muhakeme dallarında ve disiplin soruşturmalarında dahi kullanılamaz. Örneğin, ceza muhakemesinde hukuka aykırı şekilde alınan ifade veya dinleme sırasında eşini aldattığını beyan eden sanığın ifadesi, boşanma davasında türev delil olarak kullanılamayacaktır.

B. Resmi Sıfatı Bulunmayan Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Deliller

Hukuka aykırı delil ve delil yasakları konusunda bir başka tartışılacak konu, resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerdir. Burada resmi sıfatı bulunmayan kişilerden kasıt, adli makamlar dışında kalan ve suçla ilgili soruşturma ve kovuşturma yetkisine sahip olmayan kişilerdir. CMK'nın 158 vd. maddelerinde belirtildiği üzere, işlendiği iddia edilen bir suç ve onun fail veya failleri hakkında delil toplamak yetkisi adli makamlara (Cumhuriyet savcısı, kolluk kuvveti, hâkim ve mahkemeye) verilmiştir. Bu konuda herkes tarafından yapılan geçici yakalama (CMK m. 90) istisna teşkil etmektedir. Bunun dışında resmi sıfatı bulunmayan kişilerin bir kişiyi yakalaması, evinde arama yapması, telefonlarını dinlemesi vs. mümkün değildir. Yani özel kişilerin delil toplama yetki bulunmamaktadır. Söz konusu kişiler tarafından elde edilen delillerin muhakemede ispat aracı olarak kullanıp kullanılmayacağı hususu sorun teşkil etmektedir. Örneğin, müşteki, şüpheli aleyhinde delil toplamak amacıyla belge çalarak soruşturma görevlilerine teslim ettiğinde bu delilin muhakemede kullanılıp kullanılmayacağının açıklığa kavuşması gerekmektedir.

Kaymaz, Anayasa'nın 38/6 ve CMK'nın 217/2 maddesinde, hukuka aykırı delilin soruşturma ve kovuşturma organları ile özel kişiler tarafından elde edilmesi bakımından herhangi bir ayrıma gidilmeyerek, özel kişilerin hukuka aykırı şekilde elde ettiği delillerin

değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışması sonlandırıldığını ancak kişilerin hayatı ve vücut bütünlüğüne yönelik saldırı, tehdit ve şantaj gibi hallerde, kişilerin tarafı oldukları iletişimi kaydedebilecekleri ve bu şekilde elde ettikleri delillerin değerlendirilebilmesinin kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir³⁴².

Ünver/Hakeri'ye göre, Anayasa'nın 38/6 maddesindeki düzenleme gereğince, özel kişilerin hukuka aykırı yollardan delil elde etmeleri durumunda değerlendirilmesi mümkün değildir. Yazarlara göre, delil hukuka uygun şekilde elde edildi ise delilin kimin tarafından elde edildiğinin bir önemi bulunmamaktadır³⁴³.

CMK'da delil yasakları herkes için geçerli olacak şekilde düzenlenmiş ve resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından elde edilen delil ayırımına gidilmemiştir. Bu doğrultuda kanun bu kişiler tarafından elde edilen delillerin hukuka aykırı olmamasını ve hukuk kuralını ihlal etmemesini gözetmektedir. Ancak resmi sıfatı bulunsun veya bulunmasın kişilerin hukuka aykırı olarak veya suç işleyerek elde ettiği delilin hukuka aykırı olacağı açıktır. Ülkemizde kişilerin delil elde etmek amacıyla başkalarının özel hayatına müdahalede buldukları, konut dokunulmazlığını, haberleşme özgürlüğünü ve susma hakkını ihlal ettikleri bilinmektedir³⁴⁴.

Resmi sıfatı bulunmayan kişiler tarafından elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesinin kabulü halinde, devlet görevlileri özel kişileri azmettirerek onları maşa gibi kullanabilecektir. Bu konu Fazilet Partisinin kapatma davasında³⁴⁵ gündeme gelmiştir. Davada, Hatipoğlu ile Erbakan arasında gerçekleştiği iddia edilen telefon konuşması kimliği açıklanmayan bir kişi tarafından hukuka aykırı şekilde elde edilerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına sunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından mahkemeye delil olmak iddiasıyla sunulan ve özel kişi tarafından elde edildiği ileri sürülen bant kaydının delil olma değerini bir ön mesele olarak incelemiş ve bu kaydın hükme esas alınmasının hukukun genel ilkelerine, Anayasa'ya ve kanunlara aykırı olacağı ve delil olarak kullanılamayacağı sonucuna varmıştır. Anayasa mahkemesi, özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmasının, özel kişilere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ihlal

³⁴² **Kaymaz, Seydi**, Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009, s. 464.

³⁴³ **Ünver/Hakeri**, C.II, s. 220.

³⁴⁴ **Dülger**, s. 94-95.

³⁴⁵ AYM (Siyasî Parti Kapatma), 22.06.2001, 1999/2 E., 2001/2 K. (RG. 05.01.2002, S. 24631)

etme imkânı vereceğini bunun bir hukuk devletinde kabul edilemez olduğunu ve bu tür delillerin hükme esas alınmasının mafya oluşumlarını teşvik edeceğini belirtmiştir. Güncel olarak ise Yargıtay, sivil kişilerin suçu ve faili belirleme yetkisinin bulunmadığı, suç delillerini toplama hususunda faaliyette bulunamayacağından bu kişilerce toplanan bilgilerin delil olarak değerlendirilemeyeceği yönünde karar³⁴⁶ vermiştir.

Bu husus medeni yargılama hukukunda da geçerlidir. Medeni yargılamada sadece çekişmeli vakıaların ispatı için değil, yargılama bakımından önem taşıyan bilgilerin de taraflarca hukuka aykırı şekilde ve kişilik hakları ihlal edilerek elde edilmesi mümkün değildir³⁴⁷.

C. Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Yapılan araştırma ile ilgisi bulunmayan ancak soruşturmada başka bir suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma aşamasında ele geçen bilgilere tesadüfen elde edilen delil denilmektedir.

Şüphelinin iletişimi denetlenerek, işlenmiş olan katalog suçlardan biriyle ilgili delil elde edilerek bunlar soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılmaktadır. Ancak şüphelinin, soruşturma konusu suçtan başka, katalog bir suç işlediğine dair bilgiler elde edilirse bu bilgilerin delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorunu tartışma yaratmaktadır. Öncelikle, tesadüfen elde edilen deliller kapsamında şüpheli veya sanığın başka bir katalog suçu işlediğine dair bilgiler elde edilirse, bu katalog suçla ilgili iletişimin denetlenmesine devam edilemez. Bu suç bakımından ayrı ve yeni bir karar verilmesi halinde tesadüfen tespit edilen suçla ilgili iletişimin denetlenmesine devam edilebilir. Mesela, hırsızlık yaptığı şüphelenilen kişinin evinde hâkim kararı ile yapılan aramada, aynı kişinin işlediği bir cinayetin delili bulunursa, bu delil hukuka uygundur³⁴⁸.

Bir başka sorun ise, örneğin, şüpheli hakkında uyuşturucu ticareti suçundan iletişimin denetlenmesi kararı verilmiş ve şüpheliyle telefonda görüşen üçüncü kişinin CMK'nın 135. maddesinde sayılan katalog suçlardan birisini, -insan ticareti suçu- işlediğine dair bilgi elde edilirse, bu bilgi kullanılabilir midir? İletişimin denetlenmesi tedbiri; sadece şüpheli/sanıkla sınırlı kalmayıp bu kişilerin iletişim kurdukları üçüncü

³⁴⁶ 10 CD, 06.04.2021, 2017/7223 E., 2021/4446 K.

³⁴⁷ Kılıçoğlu, s. 423.

³⁴⁸ Öztunç, s. 199.

kişileri de kapsadığı için tedbirin uygulanması sırasında, üçüncü kişinin verdiği bilgiler ile bir suç işlediğinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Ancak iletişimin denetlenmesi kararı üçüncü kişi için verilmemiştir. Bu rağmen belirli koşullar ve sınırlamalarla üçüncü kişiler hakkında elde edilen bazı bilgilerin kullanılması tercih edilmektedir.

Kanun koyucu CMK'nın 138. maddesi ile iletişimi denetlenen kişi ve üçüncü kişileri güvence kapsamına almaya çalışmış ve tesadüfen elde edilen delillerin ne şekilde ve hangi koşullarda kullanılabileceğini düzenlemiştir. Madde, sadece arama ve elkoyma, iletişimin dinlenmesi tedbirleriyle sınırlı olmak üzere uygulama alanı bulmaktadır. Bu husus, soruşturma dosyasına kolluk kuvveti ve savcılık makamı tarafından katı bir şekilde uygulanacak ve suç kataloguna girdiği anlaşılan yeni suç bakımından CMK'nın 135/1 maddesinde belirtilen usul ve esas çerçevesinde dinleme ve kayıt altına alma kararı alınması koşuluyla iletişimin dinlenmesi ve kayıt altına alınmasına devam edilebilecektir. Bunun aksine hareketle, CMK 138/2 maddesinde belirtilen usule uygun hareket edilemeden, tesadüfen elde edilen delil kullanılarak soruşturmaya başlanmış ve yeni ortaya çıktığı ileri sürülen suçla ilgili olarak, CMK'nın 135. maddesine uygun olarak iletişimin tespiti kararı alınmamışsa, toplanan deliller hukuka aykırı olarak sayılarak kovuşturmada kullanılamayacaktır³⁴⁹.

Yargıtay Birinci Başkanlar Kurulunun bu hususta bir kararı³⁵⁰ bulunmaktadır. Hâkim tarafından verilen dinleme kararı uyarınca elde edilen bulgularda, dosya takip ettiği iddia edilen iki Yargıtay üyesiyle ilgili görüşme kayıtları da elde edilmiştir. Söz konusu kişilerle ilgili dinleme kararı bulunmamakta ve kişiler üçüncü kişi durumundadırlar. Bu tip dolaylı bir dinleme ile bu kişilerle ilgili bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğine, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne müdahalede bulunulduğuna karar verilmiştir.

Bu yönde YCGK'nın bir kararında³⁵¹ ve yine *YCGK'nın başka bir kararında*³⁵², katalog suçları haricinde, tesadüfen elde delillerin değerlendirilemeyeceği açıklığa kavuşturulmuştur.

³⁴⁹Öztunç, s. 208.

³⁵⁰ Yargıtay 1. Başkanlar Kurulu, 29.06.2004, 2004/96 E.

³⁵¹ "...tesadüfen elde edilen bu kanıt üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra durum C.Savcısına bildirilmiş, sanık hakkında herhangi bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır..." (YCGK, 03.07.2007, 2007/5-23 E., 2007/167 K.)

Ç. Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan Çıkarılması

Delilin hukuka aykırılığı ve değerlendirme dışı bırakılması hususu, iddia veya savunma tarafından ileri sürülebilir. Bunun dışında mahkeme tarafından delil yasakları davası denilen tali bir ceza muhakemesi ile de resen araştırılabilir. Burada tartışılması gereken ilk konu delil yasakları davasında hukuka aykırılığı kimin tespit edeceğidir. Yargılamayı yapan hâkimin hukuka aykırılığı tespit edeceği kabul edilirse, hâkimin delile iyice nüfuz etmesi ve hâkimde kanaat oluşturması tehlikesi bulunmaktadır³⁵³. Başka bir hâkimin delil yasakları davasına bakması ise Türk hukuk sisteminde düzenlenmemiştir³⁵⁴.

Hukuka aykırı delilin veya zehirli ağacın meyvesinin tespiti aşamasından sonra bu delile ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yani bu delil dosyadan çıkarılacak mı yoksa dosyada muhafaza mı edilecektir? Bu konuyla ilgili CMK'da iki düzenleme bulunmaktadır. CMK'nın 206/2-a maddesi gereğince kanuna aykırı şekilde elde edilen delil mahkeme tarafından reddedilir. Bu nedenle böyle bir delil bulunuyorsa dosyaya girmemesi gerekmektedir. CMK'nın 203/1-b maddesine göre, dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Buna rağmen yine de bu şekilde elde edilen delil dosyada bulunmakta ise artık delil dosyadan çıkarılamaz ve mahkemece bu husus ayrıca değerlendirmeye tabi tutulur³⁵⁵. Kaldı ki, mahkeme bir delilin ortaya konulması talebini incelerken delilin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda da değerlendirme yapmak zorundadır. Bu nedenle delilin hukuka aykırılığının dava dışı bir hâkim tarafından incelenmesi mümkün değildir. Ayrıca hâkim hükmün gerekçesinde dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri açıklamak zorundadır. Bu madde uyarınca başka bir

³⁵² “Dosyada kanıt olarak kabul edilen telefon konuşma tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi konusunda 4422 sayılı Yasa'da herhangi bir hüküm bulunmadığına göre bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş delil niteliğindedir. Kaldı ki, 5271 sayılı Yasa'nın 138. maddesine göre de tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Yasaya aykırılığı saptanan bu kanıt dışlandığında dosyada isnat olunan suçu sübuta erdirecek başkaca kanıt bulunmadığı görülmektedir.” (YCGK, 13.06.2006, 2006/4-122 E., 2006/162 K.)

³⁵³Dülger, s. 124-125; Köse, s. 245-246.

³⁵⁴Centel/Zafer, s. 701-702.

³⁵⁵Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 701.

hâkimin delilleri incelemesi ve delilin dosyadan çıkarılması kararı vermesi mümkün değildir³⁵⁶.

Anglosakson hukukunda savunmanın hukuka aykırı delil iddiasının da bulunması halinde ve bu asıl iddia yargılama sırasında ortaya çıkmamışsa dava esas mahkemede görülmeye başlanmadan önce delil yasaklarının belirlenmesine ilişkin bir tali dava görülmekte ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen deliller asıl mahkemenin önüne çıkarılmamaktadır. Bu sistemde eğer ki başka bir delil yok ise savcılar çürük delille dava açmaktan ve o davayı kaybetmektense o davayı hiç açmamayı tercih etmektedirler³⁵⁷.

Dülger'e göre, hukuka aykırı delil iddiası karşısında esas davadan ayrı olarak tali bir dava açılması ve farklı bir hâkim tarafından yargılama yapılması gerekmektedir. Yazara göre, delillerin hukuka aykırılığının tespiti aşamasında esas mahkemenin ya da hâkimlerin bu hususu incelemesi halinde, bu deliller her ne kadar hüküm aşamasında yok sayılacak olsa da insan olarak etkilenmemeleri ve vicdani kanaat oluşturmamaları mümkün değildir. Delil yasaklarının tespitinin aynı dava içerisinde ve aynı hâkim tarafından yapılması ile delil yasaklarının herhangi bir faydası ve önemi kalmamaktadır³⁵⁸. Bize göre de, medeni yargılamada delil yasaklarının uygulanmasının ve zehirli ağacın meyvesinin kullanılmasının önüne geçilmesi ayrı bir dava ve ayrı bir hâkimin incelemesi yolu ile olmalıdır.

D. Karşı Tarafın Lehine Olan Hukuka Aykırı Delillerin Durumu

Hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller bazen de şüpheli veya sanığın lehine olabilir. Bu durumda hukuka aykırı olarak elde edilmiş fakat lehe olan delillerin durumu ne olacaktır sorusu karşımıza çıkmaktadır. Hukuka aykırı şekilde elde edilen bir delilin sanığın lehine olması halinde ceza muhakemesinde değerlendirmeye alınıp alınamayacağı konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır.

İlkinde göre, ceza muhakemesi, suçu ve suçu işleyeni tereddütsüz bir şekilde bulmak için gerçekleştirilmelidir ve bu faaliyet esnasında kişi hak ve hürriyetleri en ciddi tehlike altında olan kişi şüpheli/sanık sıfatını taşıyan kişidir.

³⁵⁶Dülger, s. 126-127.

³⁵⁷Dülger, s. 134.

³⁵⁸Dülger, s. 127.

Şahbaz'a göre, hükmün hukuka aykırı şekilde elde edilen delile dayanması CMK m. 289/1-i gereğince kesin hukuka aykırılık nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, hukuka aykırı delil sanık aleyhine kullanıldığında mutlak bozma nedeni olacaktır. Ancak söz konusu delil sanık lehine kullanıldığında böyle bir uygulamanın sanık aleyhine temyiz olanağı vermemesi gerekir. Yazara göre, şüpheli/sanığın etkisi olmadan elde edilen delilden, şüpheli/sanık lehine yararlanma ihtimali varsa yararlanılmalıdır³⁵⁹.

Kaymaz'a göre de, yasak sorgu yöntemleri ve hukuka aykırı diğer yöntemlerle elde edilen deliller için değerlendirme yasağı getiren hükümler ile kanun koyucu, şüpheli/sanığa yönelik kolluğun veya adli makamların hukuka aykırı yöntemlere başvurmaya engel olmaktadır. Söz konusu yöntemler daima şüpheli/sanık aleyhine delil elde etmek amacıyla kullanıldığından, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin şüpheli/sanık lehine olması haline yönelik ayrıca düzenleme yapılmamış olması ihtimal dâhilindedir. Yazar, kanunda bu konuda açık bir hüküm olmaması nedeniyle şüpheli/sanık lehine olan deliller için de değerlendirme yasağı olduğu sonucuna ulaşılmaması gerektiği düşüncesindedir³⁶⁰.

Bu husustaki ikinci görüş, hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin sanığın aleyhine ya da lehine olmasının değerlendirme yasağı açısından herhangi bir önem taşımadığıdır. Hukuka aykırı elde edilen deliller bir bütün olarak değerlendirme dışı bırakılır. Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hiçbir şekilde geçerli olmadığı kabul edildikten sonra bu duruma bazı istisnalar getirmek, hukuka aykırı delillerin meşru görülmesine neden olacaktır. Bu görüşe göre, Anayasa m. 38/6 ve CMK m. 217/2 hükümleri uyarınca hukuka aykırı delillerin değerlendirme dışı bırakılması hususunda iddia ve savunma makamları bakımından bir ayırım yapmak da mümkün değildir. CMK m. 289/1-i hükmüne göre, hukuka aykırı şekilde elde edilen, fakat sanığın beraat etmesini sağlayacak deliller de ceza muhakemesinde kullanılamayacak ve hükme esas alınamayacaktır.

Bize göre de, bu hususta aleyhe ve lehe ayırımı yapmak doğru değildir. O halde, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin sanığın lehine veya aleyhine olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Delil hukuka aykırı ise, sanık lehine olup olmadığına bakılmaksızın delil olarak kullanılamayacaktır. Kaldı ki, aksinin kabulü, kişilerin hukuk dışı yollara başvurmalarının önünü açacak ve farklı gerekçelerle hukuksuzluk zemini hazırlayacaktır.

³⁵⁹Şahbaz, s. 147.

³⁶⁰Kaymaz, İletişimin Denetlenmesi, s. 465.

E. Ceza Yargılaması Organlarınca Elde Edilen Delillerin Medeni Yargılama Hukukunda Kullanılabilirliği

Ceza yargılamalarında hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin durumunun incelenmesi medeni yargılama hukukundaki bu konudaki incelemelerden daha eskilere dayandığı gözlemlendiğinde, ceza muhakemesinde hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin daha geniş kapsamlı olacağı ve uygulamasının medeni yargılama hukukundan daha fazla olduğu açıktır. Buraya kadar türev delillerin durumu, resmi sıfatı bulunmayan kişilerce elde edilen delillerin durumu ve tesadüfen elde edilen delillerin durumu daha çok ceza muhakemesi anlamında açıklanmaya çalışılmıştır. Zira Anayasa'nın 38. maddesinde yapılan değişiklik ile delil yasakları Anayasal ilke haline getirilmiştir. Bu nedenle ceza muhakemesi hukukunda açıkladığımız hususlar aynen medeni yargılama hukukunda da geçerlilik arz edecektir.

Ceza kovuşturması veya soruşturması sırasında hukuka uygun şekilde elde edilen deliller, bir hukuk davasında delil olarak kullanılabilir. Uygulamada, hukuk davası açılması için ceza mahkemesi hükmü beklendiğinde veya derdest bir hukuk davasında ceza muhakemesinin hükmü bekletici mesele yapıldığında ceza soruşturması veya kovuşturmasında elde edilen delilin kullanılması yerine ceza mahkemesindeki hükmünde bulunan vakıa tespitleri, hukuk mahkemesi hâkimi tarafından da delil olarak dikkate alınabilmektedir³⁶¹.

Ceza soruşturma ve kovuşturması sırasında hukuka aykırı şekilde elde edilmiş deliller, ceza yargılamasındaki delili mutlak kullanma yasaklarına (CMK m. 217) rağmen ceza mahkemesince hükme esas alındığı takdirde ve ceza mahkemesi kararında bu delil kullanılarak gerçekleştirilmiş vakıa tespitleri var ise bu hüküm hukuk mahkemesinde delil olarak dikkate alınabilecektir. Bu duruma hükümdeki vakıa tespitlerinin bağlayıcı etkisinden dolayı HMK'nın 189/f.2 maddesinde öngörülen delil yasağına engel değildir³⁶².

Ceza soruşturma ve kovuşturmasında hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olduğu gerekçesiyle reddedilen delilin hukuk davasındaki yeri önem taşımaktadır. Örneğin, hukuka aykırı arama ile elde edilen suç delilinin ceza yargılamasında kullanılmaması ancak hukuk yargılamasında –haksız fiile dayalı tazminat davasında- kullanılması mümkün

³⁶¹ Kılıçoğlu, s. 414-415.

³⁶² Kılıçoğlu, s. 418.

olabilecek midir? Örnek verilen vakıda suç delilinin hukuk davası bakımından bir delil, keşif objesi olarak kullanılmasında HMK'nın 291. maddesine göre keşfe katlanma yükümlülüğü gereğince hak ihlali bulunmamaktadır. Yani delilin incelenmesi ve değerlendirilmesi sırasında, ceza yargılamasında bulunan şüpheli/sanık hakkı ihlalinin hukuk yargılamasına sirayeti söz konusu değildir³⁶³. Ancak kolluk tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı ses kaydının hukuk davasında kullanılmasında temel bir hakkın ihlali söz konusu olacağından söz konusu ses kaydı hukuk davasında kullanılamayacaktır³⁶⁴.

Kılıçoğlu'na göre ceza soruşturma veya kovuşturmasında tanık, şüpheli veya sanık sıfatlı kişilerin kendisine susma veya tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmadan dinlenmesi halinde, hukuk davasında tanıklıktan çekinmiş ise, o kişinin ifade tutanakları delil olarak kullanılamayacaktır. Ancak susma hakkının medeni yargılama hukukundaki sonuçları ile ceza yargılamasındaki sonuçları aynı değildir. Medeni yargılamada susma hakkı hatırlatılmaz aksine tarafların doğruyu söyleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ceza yargılamasında ise susma hakkı şüpheli/sanığın kendisini suçlamasına yönelik beyanda bulunmasına bir koruma teşkil eder³⁶⁵. Yazara göre, hukuk ve ceza yargılamalarında susmanın sonuçları farklı olduğundan dolayı bu durumlarda delil yasağı reddedilmelidir.

VI. GENEL DEĞERLENDİRME

Anayasanın, CMK'nın ve HMK'nın açık hükümleri karşısında hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesi hususunun tartışılmasının bir anlamı kalmamıştır. Bize göre hukuk sistemimizin geldiği aşama itibarıyla, artık hukuka aykırılık derecesinin veya ihlal edilen hakkın ağırlığının tartışılmasında herhangi bir fayda bulunmamaktadır.

Nispi değerlendirme yasağını savunan yazarlar, Alman öğretisi ve yargı kararlarında da delil elde edilmesi aşamasında gerçekleşen her ihlalin delili değerlendirme yasağına yol açmayacağı görüşünün egemen olduğunu ifade ederek görüşlerini Alman ceza muhakemesi hukukuna ve yargı kararlarına dayandırmaktadırlar. Ancak, mahkemelerin delillerin değerlendirilmesi bakımından kanunlarda belirlenmiş olan ilke ve esasları

³⁶³ **Kılıçoğlu**, s. 419.

³⁶⁴ **Kılıçoğlu**, s. 420.

³⁶⁵ **Kılıçoğlu**, s. 421-422.

değiştirme yetkisi bulunmamaktadır³⁶⁶. Bu nedenle Anayasa'nın, CMK'nın ve HMK'nın bu denli açık düzenlemeleri karşısında öğretide ve uygulamada bu hususun halen yorumlanması, ülkemizle benzer olmayan sistemleri benimseyen ülkelerin öğretisi ve uygulamalarının temel alınması hem kanuni düzenlemelere hem de hukuka aykırıdır.

Mutlak kesinlik, bütün şüpheleri aşarak ulaşılan gerçektir. Bu kesinlik ise belirsizliğe izin vermez. Mahkemenin, ulaştığı gerçeğin, mutlak gerçeğe uygun olup olmadığını bilmesi mümkün değildir. Mutlak kesinliğin aranması ise, mahkûmiyeti uygulanamaz hale getirecektir. Ceza muhakemesinde mutlak gerçeğe ulaşamayacağının kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle hâkimlerin "vicdani kanaat"leri doğrultusunda hüküm vermesi aranmaktadır³⁶⁷. Vicdani kanaat ise, mutlak kesinliğin bulunmadığı hallerde ulaşılabilecek en üst kesinlik seviyesidir. Vicdani kanaat kavramı, delil serbestisi usulünde uygulanabilir. Kanuni ispat sisteminde vicdani delil sisteminden bahsedilemez. Çünkü söz konusu delil sistemi belirli hususların belirli delillerle ispat edilebileceğini ve hâkimin bu konuda takdir yetkisi olmayacağını kabul etmektedir. Kanuni ispat sisteminin uygulandığı dönemlerde hâkim, kanunun o çeşit suçlar için kabul ettiği delilin bulunması durumunda, sanığın masum olduğuna inandığı halde mahkûmiyet kararı vermek zorunda kalıyor; kanunun aradığı delilin bulunmaması durumunda ise, sanığın suçlu olduğuna kanaat getirirse dahi, beraat kararı vermek zorunda kalıyordu. Sistemin sakıncaları anlaşıldığından dolayıdır ki, kanuni ispat sisteminin yerini hâkimi vicdanen serbest bırakan vicdani ispat sistemi almıştır³⁶⁸. Hâkimin vereceği hükmün ispat ölçüsü ise, akıl ve mantık sınırları dâhilinde başka şekilde oluşa imkân vermeyen bir kesinlik seviyesi olarak düşünülmelidir³⁶⁹. Bu şekilde bir uygulama tarafların iddialarını ispatlamak amacıyla hukuka aykırı delil elde etme yöntemlerini kullanmasının önüne geçecektir.

Mahkemeler uygulamada hukuka aykırı delili her ne sebeple olursa olsun değerlendirmeye niyetlenirse toplum nezdinde mahkemelere olan güven sarsılacaktır. Mahkemelere olan güven sarsıldığında toplum kendi hakkını kendi korumaya çalışacaktır ki bu da toplumsal karışıklığa neden olacaktır. Bu nedenle mahkemelerin kanunun dışına çıkmaması, baskılara boyun eğmemesi ve her etkiye karşı bağımsızlığını koruması gerekmektedir. Aksi takdirde mahkemenin bağımsız ve tarafsızlığı ortadan kalkmış

³⁶⁶Ünver/Hakeri, s. 105.

³⁶⁷Erem, Faruk, Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları, TBBD, (1), 91-99, 1988, s. 349.

³⁶⁸Erem, s. 351.

³⁶⁹Köse, s. 254-255.

olacaktır. Toplum düzeninin korunması için uygulayıcıların hukuka aykırı bir delilin hiçbir ispat değeri bulunmadığını göz önünde tutarak karar vermesi gerekmektedir.

Özellikle boşanma davalarında yukarıdaki yargı uygulamaları konusu altında örneklendirdiğimiz şekilde hukuka aykırı yöntemlere sıklıkla başvurulduğu bilinmektedir. Hukukumuzda boşanma sebeplerinin kusur esasına dayanması ve hâkimin bu hususta tarafların iradelerini açacak şekilde etki sahibi olması tarafları boşanmak için hukuka aykırı delil elde etmeye itmektir. Hâkimin boşanma sebeplerine vicdanen kanaat geliştirmedeği sürece boşanmaya karar vermeme yetkisi (TMK m. 184) tarafın boşanma sebeplerinin gerçekleştiğine dair hâkimi ikna etmek için yüksek ölçülü ispat faaliyetinde bulunmasını gerektirmektedir. Ayrıca boşanma sebeplerinde ve boşanmanın mali sonuçlarında kusur esas gözümlünde bulundurulmaktadır. Bu şekilde kusura dayalı boşanma sistemini benimseyen tüm ülkelerde benzer sorunlar yaşanmaktadır. Türk boşanma hukuku sisteminde boşanabilmek için kusur esasına dayanılması, karşı tarafın özel hayatına ve insan onuruna müdahalede bulunarak delil elde etmeyi ve ispat mekanizmasını bu çatı altına kurmayı adeta zorunlu hale getirmektedir.

Ülkemizde sırf boşanma davası açabilmek amacıyla henüz dava yoluna başvurmadan delil elde edilmesini sağlamak için özel dedektiflik faaliyeti gösteren organizasyonlar bulunmaktadır. Belirtmeliyiz ki, bu tip organizasyonlar hukuki dayanaktan yoksundur. Bu kişilerin araştırma alanları hayatın kimseyle paylaşmak istenmeyen kısımlarıdır. Bu organizasyonlarda kendilerini özel dedektif olarak isimlendiren kişiler herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın, delil elde etme amacıyla kişilerin özel hayatına müdahale etmektedirler. Kendilerini özel dedektif olarak nitelendiren bu kişiler herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, delil elde etmek amacıyla karşı tarafın kişisel verilerini araştırmak, kişileri takip etmek, aracına takip cihazı yerleştirmek, yatak odasına gizli kamera yerleştirmek, kişileri fotoğraflamak gibi konularda kendilerinin uzman olduklarının reklamını yaparak bu gayri meşru faaliyetleri kamuoyuna duyurmaktadır. Söz konusu dedektiflik faaliyetleri yasal dayanak bulduğu anda özel hayatın gizliliği hakkı kolektif olarak saldırıya uğrayacağından dolayı ülkemizde dedektiflik kurumunun yasal zeminin olmaması bir eksiklik arz etmemektedir. Delillerin elde edilmesi sırasında özel hayatın gizliliği hakkı, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti gibi haklar ihlal edilmektedir.

Bu şekilde elde edilen deliller hukuka aykırı olduğu gibi çoğu hallerde suç teşkil eder³⁷⁰. Bu şekilde elde edilen sakat deliller medeni yargılamada hiçbir hüküm ifade etmeyecektir³⁷¹.

Evlilikte tarafların bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. Sadakat de bu yükümlülüklerden biridir. Sadakat kavramı, bir başkasıyla cinsel birliktelik yaşamaktan ziyade daha geniş yorumlanarak her türlü manevi duyguyu da içinde barındırmaktadır. Sadakat yükümlülüğü, TMK'nın 185/3. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun hükmünde eşlerin birlikte yaşaması, birbirlerine karşı sadık ve yardımcı olması yükümlülük olarak belirtilmiştir. Ancak burada sadakat yükümlülüğünün nerede son bulduğu veya bulunması gerektiği tartışılmaya muhtaçtır. Yargıtay'ın, eşlerin evli kaldıkları süre boyunca sadakat yükümlülüğü bulunduğuna ve boşanma davası açıldıktan sonra meydana gelen sadakatsizlik iddiasının yeni bir dava konusu yapılarak değerlendirilmesi gerektiğine dair pek çok kararı³⁷² bulunmaktadır.

³⁷⁰ “Sanık ... ile mağdur ...'ın tarafı oldukları boşanma davasının devam ettiği ve adı geçenlerin uzun süredir fiilen ayrı yaşadıkları dönemde, sanık ...'in, eşi ile diğer mağdur ... arasında ilişki olduğunu ispatlamak amacıyla, özel dedektiflik hizmeti veren sanık ... ile anlaşılıp, kamuya açık alanlarda çekilecek fotoğraf ve videolarla mağdurlar arasındaki ilişkinin varlığını gösteren görüntülerin tarafına verilmesini istediği, sanık ...'ın da bu iş için çalışanı ve emekli polis memuru olan diğer sanık ...'yi görevlendirdiği, sanık ...'nin, mağdur ...'ı gizlice takip edip, mağdur ...'la adı geçen mağdurun arkadaşı olan diğer mağdur ...'ın bir araya geldikleri ana dair görüntüleri ele geçirip, sanık ...'a verdiği, sanık ... tarafından CD halinde diğer sanık ...'e teslim edilen bu görüntülerin de mağdur ...'a ait daha önce ibraz edilen nüfus cüzdanı fotokopisi ile birlikte boşanma davasına delil olarak sunulduğu olayda; Sürekli denetim ve gözetim altına alınan mağdurların gün içerisinde, niçin, nasıl, nerede, ne zaman görüştiklerini ve aralarındaki ilişkinin boyutunu ortaya çıkaran görüntülerinin, mağdurların özel yaşam alanı kapsamında yer alması sebebiyle sanıklara isnat edilen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği; ancak, sanıkların, sübut bulan eylemlerinin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilerek, görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal ile görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından ayrı ayrı mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekir” (12. CD, 26.09.2018, 2017/9562 E., 2018/8745 K.)

³⁷¹ Çiftçi, s. 582.

³⁷² “Eşler birbirine sadık kalmak zorundadırlar. Bir boşanma davasının açılması durumunda eşlerin sadakat yükümlülüğü elbette ortadan kalkmaz. Bunun aksi de düşünülemez. Nitekim boşanma davasının açılmasıyla eşler arasındaki cinsel sadakat yükümlülüğünün kalktığına ve dava tarihinden sonra gerçekleşen sonraki cinsel sadakate aykırı davranışların yeni bir dava konusu yapılamayacağına dair bugüne kadar alınmış hiçbir Yargıtay kararı bulunmamaktadır” (2. HD, 01.06.2016, 2016/3256 E., 2016/10777 K.); “Davacı-karşı davalının açtığı boşanma davası, davalı karşı davacının sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesi ile kabul edilmiştir. Ne var ki mahkemece davalı karşı davacıya kusur olarak isnat edilen sadakatsizlik eylemi dava açılmasından sonra meydana gelmiştir. Her dava açıldığı tarihteki şartlara tabidir. Davadan sonra oluşan vakıalar görülmekte olan boşanma davasında hükme esas alınamaz, ancak yeni bir dava konusu yapılır ve ispat edilirse birleştirilerek görülecek yeni boşanma davasında bu sebeple boşanma kararı verilebilir” (2. HD, 15.09.2015, 2015/1895 E. 2015/15882 K.); “Somut olayda tarafların evlilik boyunca cinsel yönden bir araya gelemedikleri sabit olmakla birlikte boşanma davası açıldıktan sonra davalı-davacı kocanın başka bir kadınla ilişkiye girdiği anlaşılmaktadır. Kural olarak sadece dava dilekçesinde bildirilmiş olan vakıalar davanın sınırını belirler ve mahkemece ancak bu vakıalar hakkında inceleme ve değerlendirme yapılabilir. Dava tarihinden sonra meydana gelen maddi bir olgunun değerlendirilmesi ve hükme esas alınması olanaklı değildir” (HGK, 22.12.2010, 2010/2-636 E. 2010/680 K.)

Bize göre sadakat yükümlülüğü, evlilik birliğinin fiili olarak sona ermesi ile sonlanmalıdır. Hükmün bölünememesi kuralı ve boşanma davalarının büyük bir kısmının maddi talepler nedeniyle günümüzde en az beş yıl sürdüğü ancak bu süre sonunda kesinleştiği de gözönüne alındığında, Yargıtay'ın bu bakış açısı kişilerin özel hayatını adeta saldırıya açık tutmakta ve sadakat yükümlülüğünün tarafların fiilen ayrıldıkları veya boşanma davası açıldıktan sonra uygulanabilirliğini sorgulatmaktadır. Sadakat yükümlülüğünün evliliğin resmi olarak sonlanmasına kadar devam etmesi tarafların yeniden bir hayat kurmasını engellemektedir.

Kanunun özüne bakıldığında evlilik birliği içinde sadakatin önemli olduğu vurgulanmıştır. Kanun koyucu Türk aile yapısını korumak adına yükümlülüklerden biri olarak sadakat yükümlülüğünü öngörmüş ise de; söz konusu yükümlülük boşanma iradesi ile tarafların zihinlerinde aslında sonlanmaktadır. Zaten boşanma davası açan taraflar, dava öncesi fiili olarak ayrılmakta, müşterek bir konutta beraber yaşamamakta ve müşterek özel hayatları bulunmamaktadır. Evliliği sonlandırma niyeti bulunan tarafların sadakat yükümlülüğünün devam etmesi ise gerçekçi değildir.

Bu nedenle devlet yaptırımı ile tarafları sadakatli davranmaya zorlamanın da bir manası bulunmamaktadır. Hele ki; tarafların maddi taleplerini bu yükümlülüğe göre şekillendirmek adeta bir tarafı cezalandırmaktır. Hem kusuru ispatlamak zorunda kalan taraf, karşı tarafın özel hayatına müdahale suretiyle hukuka aykırı şekilde delil etmekte ve aslında müdahale ile suç işlemek zorunda bırakılmaktadır. Hem de özel hayatına müdahale edilen tarafın hakları zarar görmektedir. Unutulmamalıdır ki; hak ve menfaat dengesi gözetildiğinde; özel hayatın gizliliği, sadakat yükümlülüğünden daha önemlidir. Çünkü fiilen ayrı yaşayan ve boşanma iradesi bulunan kişinin bir başkası ile ilişkisinin bulunması karşı tarafın kişilik haklarına doğrudan veya dolaylı olarak zarar vermemektedir. Aksine boşanma davasında kusuru ispatlamaya çalışan bireyin özel hayata müdahalesi ise doğrudan kişilik haklarına saldırı mahiyetindedir. Özel hayatın gizliliği, sırf sadakatsizliği ispatlamak amacıyla bile olsa ihlal edilemez.

Boşanma davalarında hukuka aykırı şekilde delil elde edilmesini önlemek amacıyla birtakım tavsiyelerimiz bulunmaktadır. Hâkimin boşanma sebeplerine ilişkin vicdani kanaat geliştirmesi yolundan ziyade tarafların boşanma iradesi göz önünde

bulundurulmalıdır. Ayrıca boşanma davaları için hükmün bölünebilirliği mümkün olmalıdır. Yani ilk derece mahkemesi boşanmaya karar vererek, boşanma kararını tarafların talepleriyle kesinleştirmeli, akabinde taraflar maddi talepler yönünden yine istinaf yoluna başvurmak isterlerse başvurmalıdırlar.

Bununla birlikte, tarafların müşterek konutları ayırdığı, birbirinden bağımsız yaşamaya başladıkları ve bununla birlikte boşanma iradeleri bulunduğu anda sadakat yükümlülüğünün son ermesinin uygulanabilirliğinde çeşitli sorunlar bulunacağı düşünülüyor ise de taraflardan birinin boşanma davası açtığı andan itibaren sadakat yükümlülüğünün son bulması gerekmektedir. Aksi takdirde evlilik resmi olarak sonlandırılıncaya kadar sadakat yükümlülüğü adı altında tarafların yeniden hayatlarını kurlmaları imkânsız kılınacaktır. Kanun koyucu her ne kadar evlilik birliğini çeşitli yükümlülükler ile donatmış ise de; bireylerin boşanmanın bu denli çetrefilli ve zor olduğunu bilmesi evlenme isteklerini zedeleyerek tarafları beraber yaşamaya itecektir. Bu, kanun koyucunun arzuladığı bir husus olmasa da; sadakat yükümlülüğünün evlenmenin resmi olarak sonlanmasına kadar sürmesinin buna neden olması ihtimali ise bir hayli yüksektir. Bu nedenle sadakatin evlilik birliği içerisinde bir “söz” olarak taraflarca verilmesi ve devletin bu hususu sadece evliliğin fiilen devamı içerisinde vukuu bulan olaylarda gözönüne alması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde devletin aile hayatını korurken bireylerin hak ve özgürlüklerine dolaylı yoldan müdahale ettiğini ve bireylerin kısıtlanmasına yol açtığını düşünmekteyiz.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İHLAL EDİLEN HAKLAR, İHLALİN SONUÇLARI VE HUKUKA AYKIRI DELİL TOPLAYANLARIN SORUMLULUĞU

I. KİŞİNİN YAŞAM ALANLARI

Hukuk alanının öznesi insandır³⁷³. Hukukun en değerli kıldığı varlık kişidir. Bu nedenle kişilerin devlet ve insanlar tarafından yapılacak saldırılara karşı korunması gerekmektedir. Hukuk düzenleri ve kurumlar kişiye yapılacak saldırıların önlenmesi ve saldırılara son verilmesi için gerekli düzenleme ve tedbirleri almak zorundadır.

Bir kimsenin hak ve fiil ehliyeti, hürriyeti, bedeni ve manevi varlıklardan oluşan bütüne kişilik denilmektedir. Tek bir kişilik hakkı vardır ve bu hakka giren tüm değerler kişisel değerlerin tümünü oluşturur. Kişilik hakları, insan olunması nedeniyle sahip olduğu hakları içerir. Kişilik hakları ve kişiliğin korunmasının temelinde Anayasada yer alan düzenlemelerdir. Kişilik hakkı tekelci ve yasaklayıcı bir haktır. Bu nedenle kişilik hakkı sahibi, kişisel değerleri üzerinde başkalarının etkilerinden bağımsız ve özgür egemenlik hakkını ve bu hakka saygı gösterilmesini, kişisel değerlerine dokunulmamasını herkesten talep etmek hakkına da sahiptir³⁷⁴. Kişilik haklarından feragat edilemez ve başkasına devredilemez, ölümle son bulur ve mirasçılara geçmez. Ayrıca kişilik hakları yasaya ve genel ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırılmayacağı gibi parayla da ölçülemez. Kişiliğin merkezinde yer alan kişinin yaşadığı çevre kişinin hayat alanıdır. Kabul edilen görüşe göre kişinin hayat alanı üç kısımdır. Bunlar; ortak, özel ve gizli yaşam alanıdır.

A. Ortak Yaşam Alanı

Ortak hayat alanı, doktrinde “kamuya açık alan” olarak ifade edilmektedir. Bir kimsenin herkesçe bilinmesinde sakınca görmediği haller bu yaşam alanı içerisine girmektedir. Bu alan aynı zamanda kişinin topluma katılmasıyla başka bir bireyle paylaştığı yaşam alanıdır. Kamusal yaşam alanının başkalarından gizlenecek bir yanı bulunmamaktadır. Bu yaşam alanı, toplumda sürdürülen hayatın izlenebilir, bilinebilir ve

³⁷³Hatemi, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 13.

³⁷⁴Tandoğan, Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AHFM, C. XX, 1963, sayı 1-4, s. 12.

görülebilen kısımdır. Kişinin sokakta yürümesi, araba kullanması, piknik yapması, konsere gitmesi kamuya açık alana girer³⁷⁵.

Kişinin kamuya açık alanı ve buradaki eylemler özel hayatın kapsamında değildir. Kişinin bu yaşam alanındaki eylemlerini örneğin gizli kamerayla kaydederek veya dedektif marifetiyle kişiyi izleterek kötü niyetle kullanmak şeklindeki eylemler haricinde buradaki eylemler herkese açıktır ve hukuk tarafından korunmaya ihtiyacı bulunmamaktadır³⁷⁶. Burada kamusal hayatın açıklığıyla kamusal alanda gerçekleştirilen faaliyetlerin kamuya sunulması veya kullanılması hususlarının karıştırılmaması gerekir. Çünkü bazı davranışlar kamuya açık alanda gerçekleştirildiği halde kişiler bunların haber veya başka şekillerde kullanılmasını istemezler. Eğer bu faaliyetler basın veya üçüncü kişiler tarafından açıklanır ise kişilik haklarının ihlali söz konusu olacaktır. Örneğin, tüp bebek tedavisi veya kürtaj için doktora gidilmesi, kişinin arkadaşıyla sinemaya gitmesi veya plajda güneşlenmesi gibi sıradan faaliyetler kişinin tanınmasını sağlayacak şekilde haberleştirilirse veya kötü niyetle kullanılırsa kişiye karşı hak ihlalinde bulunulmuş olacaktır.

Yine de kamuya mal olmuş kişilerin yani politikacılar, sporcular, sanatçıların kamuya açık olan bu alanının sınırlarını çizmek oldukça zorlayıcıdır. Bu kişilerin özel yaşamlarına ait olaylar kamuya açık sayılan yerlerde meydana geldiği hallerde dahi haber niteliği kazanmakta ve basın da bu olayı duyurmak amacıyla faaliyetlerde bulunmaktadır.

B. Özel Yaşam Alanı

Kişinin özel yaşam alanı, kişinin yakın çevresiyle paylaştığı ve bu kişiler haricinde gizli tuttuğu yaşam alanıdır. Yakın kişilerden anlaşılması gereken, kişinin beraber yaşadığı, aynı işyerinde çalıştığı ve günlük görüştüğü kişilerdir. Bu alan kişinin yakından bağlandığı kişilerce bilinmesini istediği olayları kapsamaktadır. Bu kapsam kişiden kişiye göre değişmektedir. Örneğin bir kişinin hastalığını, maddi durumunu, cinsel yönelimini veya belli bir kişi/kurum hakkındaki düşüncelerini belirli kişilere özel olarak aktarması onun özel yaşam alanına giren hallerdir. Kişinin kamusal alanı ve sır alanının dışında kalan yaşam olayları özel yaşam alanında gerçekleşmektedir.

³⁷⁵ **Öztañ, Bilge**, Medeni Hukukun Temel Kavramları-Hukuka Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Eşya Hukuku, 27. Bası, Ankara, 2008, (Medeni), s. 278.

³⁷⁶ **Şen, Ersan**, Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 148, İstanbul, 1996, s. 213-214.

Kişilerin icra ettikleri meslekler kamuya mal olmuş meslek hayatı ve kamuya mal olmamış meslek hayatı olarak ikiye ayrılmaktadır. Örneğin, cumhurbaşkanının ve başbakanın ülke yönetimi ile ilgili faaliyetleri kamuya mal olmuş faaliyetlerdendir. Kamuya mal olmuş bir mesleği icra eden kişinin meslek hayatı basın yoluyla kamuya aktarılırsa hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir. Ancak kişinin icra ettiği meslek sadece kendisini ve iş çevresini ilgilendiriyorsa özel hayatından söz edilir. Bir cumhuriyet savcısının soruşturma yürütmesi, bir avukatın müvekkili ile ilişkileri ve mali durum bilgisi, doktorun hastası ile ilişkileri kişinin mesleki hayatıyla ilgili özel hayatı kapsamına girmektedir³⁷⁷.

C. Gizli Yaşam Alanı

Kişinin gizli yaşam alanı, kişinin sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği veya üçüncü kişilerden gizlediği olayları içeren alandır. Örneğin kişinin mektupları, hatıra defteri, mesajları, mailleri, aile ilişkileri, ev hayatı, hesap ve iş defterleri, mesleki ve ticari sırları gizlilik alanına dâhildir. Türk hukukunda ve uluslararası hukukta gizli yaşam alanı yerine özel yaşam alanı kavramı kullanılmaktadır. Dolayısıyla yargı kararlarında yer alan özel hayat alanı aslında gizli hayat alanını da kapsamaktadır.

Kişinin aile hayatına giren olaylar, aile fertleriyle paylaştığı alanı kapsamaktadır. Aynı şekilde aile dostları, arkadaşlar arasındaki ilişkilerde bu alana girmektedir. Burada eşlerin birbirinden bağımsız özel/gizli hayat alanı olmayacağı anlaşılmamalıdır. Yargıtay, davacı eşin müşterek konuta dinleme cihazı yerleştirmesi sonucunda elde ettiği vakıanın davalı eşe kusur olarak yüklenemeyeceği ve hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin hükme esas alınamayacağını belirtmiştir³⁷⁸. Görüldüğü üzere, eşlerin birbirinden bağımsız özel/gizli hayatları vardır. Örneğin, kişinin cinsel sırlarının üçüncü kişilere açıklanmaması yönünde açık bir irade beyanına ihtiyaç yoktur makul olanı kişinin özel/gizli hayatı kapsamında kalan hususların üçüncü kişilere açıklanmamasıdır. Bu yönde açıklama olacaksa bile eşlerin her ikisinin de hukuka uygun rızalarının bulunması gerekmektedir aksi takdirde özel hayata ilişkin bir ihlal meydana gelecektir.

Bu konuda sır kavramının ne olduğuna da değinmek gerekmektedir. Sır, kişinin kendisi veya güvendiği kişiler dışında herkesten gizli tutmak istediği konular veya

³⁷⁷Şen, Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, s. 217-221.

³⁷⁸2. HD, 22.11.2017, 2016/6077 E., 2017/13267 K.

alanlardır. Bir şeyin sır olmasının objektif şartı, olay veya davranışın herkes tarafından izlenebilir veya bilinir olmamasıdır³⁷⁹. Sırrın sübjektif şartı ise, sır sahibinde bir yaşam olayını gizli tutma iradesi var olması gerekmektedir³⁸⁰. Bir kimsenin sırrını hukuka aykırı olarak ele geçiren veya yayan kişilerin hukuki ve cezai sorumluluklarının doğduğu bilinmelidir.

Yukarıda sayılan üç alanın da birbirinden kesin çizgilerle ayırt edilmesi mümkün değildir. Tanınmayan kişilerin özel hayatı bu kişilerin paylaşım yaptığı kişiler dışında kimseyi ilgilendirmez. Hatta Yargıtay kişinin rızasıyla açıkladığı cinsel hayatıyla ilgili bir bilgiyi kitabında yayınlayan kişiyle ilgili, kişinin kendisine karşı bile mutlak şekilde korunması gereken onuru, kişiliği, sır alanına giren gizli yaşamına yapılan tecavüzlere, rıza ile haklılık kazandırdığını ileri sürmenin mümkün olmadığı, davacının özel yaşamının bu denli açık şekilde topluma sunulamayacağından kişinin özel hayatının ihlal edildiği ve kişilik haklarına saldırıda bulunulduğuna karar vermiştir³⁸¹.

II. İHLAL EDİLEN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

Temel haklar, insanın devletin, ekonominin ve toplumun sıradan ve değersiz bir objesi haline gelmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Bu nedenle temel haklar anlayışının yapı taşının insan onuru olduğunu söylemek yanlış olmaz. Yani temel hakların yasama, yürütme erklerine karşı ve dahi bireylere karşı korunması önem arz etmektedir. Hatta Anayasa Mahkemesi bir kararında³⁸², “*İnsan onuru kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce ve muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarır*” diyerek insan onurunun insan hakları ile bağlantısını bu şekilde kurmuştur.

Temel hakların önemli bir kısmı Anayasa’da ve bazıları daha da ayrıntılı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenmiştir. İspat hakkı ise temelini; adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü, eşitlik ve hukuk devleti ilkesi gibi yargısal bir takım hak ve özgürlüklere dayandırmaktadır. İspat hakkı bir çerçeve hak konumunda

³⁷⁹Kılıçoğlu, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, AÜHF Yayınları, Ankara, 1982, s. 87.

³⁸⁰Donay, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978., s. 5 vd.

³⁸¹YHGK, 26.03.2003, 2003/4-161 E., 2003/201 K.

³⁸²AYM, 28.06.1966, 1963/132 E., 1966/29 K.

bulduğundan bu hak kullanılırken birtakım temel haklarla çatışabilir. Bununla beraber ispat hakkı karşı tarafın özgürlük ihlali sonucunu doğuracak şekilde kullanıldığında sınır aşımı meydana gelmektedir. Çatışan hakların dengelenmesi hususunun iç hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gereğince çözümü çetrefilli bir sınırlama biçimi olduğu kuşkusuzdur. İspat hakkının başka bir temel hak ile çatışması halinde temel haklar öğretisi uyarınca bir temel hakkın diğerine üstünlüğü bulunmayacağı prensibi doğru olmayacaktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararlarında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çatışan temel hakların değerlendirilmesi konusundaki çözümleri çatışan temel haklardan birine üstünlük tanımak yönünde değil, adil bir çözüm bulma yönündedir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ölçülülük ilkesine başvurarak sorunu ele almaktadır³⁸³.

Aşağıda ispat hakkı kullanılırken müdahalede bulunularak ihlal edilen temel hak ve özgürlüklerden genel çerçevede bahsedilmiştir.

A. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Özel hayatın gizliliği ve donulmazlığı hakkı, bireyselliğin ön plana çıktığı günümüzde klasik temel haklardan farklı olarak önem kazanmıştır. Özel hayatın gizliliği Anayasa'nın 20. ve AIHS'in 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra birçok uluslararası sözleşmede de kendine yer bulmuş bir haktır. Özel hayatın kapsamına kişinin özel hayat alanının, haberleşmesine ilişkin unsurların, konut dokunulmazlığının ve kişisel bilgilerinin de dâhil olduğu gözönünde tutulmalıdır. Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller, yoğunlukla kişilerin özel hayatına, konut dokunulmazlığına ve haberleşme özgürlüğüne hukuka aykırı şekilde müdahale edilerek ele geçirilmektedir.

Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında hakkın varlığı ve kapsamı belirtilerek bu hakka devletin ve bireylerin saygı göstermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*" denilmiştir. Bu fıkra devamında ise, "*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el*

³⁸³Çiftçi, s. 567- 571.

konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar” denilerek özel hayatın gizliliğine hangi haller ve koşullarda müdahale edilebileceği düzenlenmiştir.

Bu hak, AİHS'in 8. maddesinde “Özel ve Aile Hayatına Saygı” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”

Görüldüğü üzere, Anayasa’da özel hayatın gizliliği (m. 20), konut dokunulmazlığı (m. 21) ve haberleşmenin gizliliği (m. 22) olarak farklı maddelerde düzenlenirken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesine özel hayatın gizliliği kapsamına ailenin korunması, konut dokunulmazlığı ve haberleşme gizliliği dâhil edilmiştir. Ayrıca AİHS’in 8. maddesi kapsamında kişilerin korunmaya değer özel hayatının içerisinde aşağıdaki değerlerin de bulunduğu kabul edilmiştir:

1. Kişilerin fiziksel ve ruhsal dokunulmazlığı ve manevi ve düşünsel özgürlüğü (fiziksel ve manevi şahsiyet)³⁸⁴,
2. Kişilerin onur ve şöhretine karşı yapılan saldırılara ve benzer hukuka aykırı davranışlara karşı korunması³⁸⁵,
3. Kişilerin isim ve kimliğinin izinsiz şekilde kullanılmasına karşı korunma hakkı³⁸⁶,
4. Kişilerin gözlenmeye, izlenmeye ve taciz edilmeye karşı korunması³⁸⁷,
5. Kişilerin mesleki sır kapsamına giren bilgileri paylaşılmasına karşı korunması³⁸⁸.

³⁸⁴ Arslan Öncü, Gülay, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul 2011, s. 83-171; Çiftçi, s. 574.

³⁸⁵ Arslan Öncü, s. 172-173; Çiftçi, s. 574.

³⁸⁶ Arslan Öncü, s. 206-245; Çiftçi, s. 574.

³⁸⁷ Arslan Öncü, s. 181-190; Çiftçi, s. 574.

³⁸⁸ Çiftçi, s. 574.

Bu çerçevede özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılması, birtakım koşulların varlığına bağlıdır. Özel hayatın gizliliğine müdahale edilebilmesi için, kanunların buna izin vermesi, maddede belirtilen sebeplerden birine (toplum güvenliği, düzeni, sağlığı veya ahlakının, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suç işlenmesinin önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) hizmet eden bir amacın vuku bulması ve her halükarda müdahalenin demokratik toplumun ihtiyaçlarına uygun olması şarttır. Bu sebeplerinin içlerinin doldurulması oldukça hassasiyetle yapılmalıdır. Bununla birlikte her somut olay bakımından farklılık olması normaldir.

Örneğin, bir boşanma davasında sırf zinanın ispatı için taraflardan birinin cinsel mahremiyetinin kayıt altına alınarak müdahale edilmesi gerekli değildir ayrıca son çare ilkesine de uygun değildir. Ancak bir babalık davasında, ispat hakkını kullanabilmek amacıyla erkekten kan ve doku örneği alınabilmesi ölçülülük ilkesine uygun bir araçtır. Görüldüğü üzere, ispat hakkının kullanılması aşamasında özel hayata saygı temel prensip olarak kabul edilmelidir. İspat hakkı, hak ve özgürlüklerin korunması veya kamu güvenliği adı altında mutlak şekilde özel hayata müdahale yetkisi vermez. Bu aşamada ispat hakkı kapsamında özel hayatın gizliliğine müdahalede bulunulabilmesi için müdahalenin gerekliliği ve ölçülülüğünün mutlak surette göz önünde bulundurulması gerekmektedir.³⁸⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Olsson v. Sweden davasında³⁹⁰ “*Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre gereklilik kavramı, bir müdahalenin toplumsal ihtiyaç baskısına cevap vermesi gerekliliğine işaret eder ve özellikle, müdahalenin izlenen amaçla orantılı olması gerekir*” diyerek demokratik toplum gereklilikleri ölçütünü ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özel hayatın korunması kapsamında bulunan birtakım alt unsurlara müdahale hususunda katı davranmaktadır. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı temel hakların diğer haklardan daha önemli olduğu görüşündedir. Mahkeme, Dudgeon v. The United Kingdom davasında³⁹¹, “*Söz konusu olay (özel rızaya dayalı, reşit bireyler arasındaki eşcinsel ilişkilerin suç olarak düzenlenmesi), özel yaşamın en mahrem yönüyle ilgilidir. Bunun sonucu olarak, kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahalenin 8/2 madde anlamında haklı olduğunun kabul edilebilmesi için özel olarak ciddi gerekçelerin mevcut bulunması zorunludur*” diyerek özel hayatın gizliliği

³⁸⁹Çiftçi, s. 579.

³⁹⁰Olsson v. Sweden, 24.03.1988, 10465/83 (hudoc).

³⁹¹Dudgeon v. The United Kingdom, 22.10.1981, 7525/76 (hudoc).

hususundaki hassasiyetini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, bir kişinin cinsel hayatı, özel hayatın en mahrem ve en gizli kalması gereken bölgelerinden biridir. Bu alana yapılacak herhangi bir saldırı özel hayatın gizliliğini mutlak surette ihlal edecektir³⁹².

Konunun başında özel hayatın unsurlarının içerisinde kişinin özel hayat alanının, haberleşmesine ilişkin unsurların, konut dokunulmazlığının ve kişisel bilgilerinin de dâhil olduğunu belirtmiştik. İspat hakkının yerine getirilmesi sırasında bu unsurlara yönelik müdahalelerin meşru olup olmayacağı, özel hayatın gizliliğinin ihlalini taşıyıp taşımayacağı tartışma konusudur. Mahkeme kararı olmaksızın, yargılamada delil olarak kullanılmak üzere kişilerin başkalarıyla olan mesajlaşmalarına, telefon kayıtlarına, e-postalarına veya özel hayatının alanlarıyla ilgili birtakım bilgilere ulaşılabilir. Örneğin, kişi iddiasını ispatlamak için karşı tarafın telefon mesajlarına, e-postalarına, günlüğüne veya özel hayat alanındaki bir takım bilgilere delil olarak dayanabilir mi? Bu gibi durumlarda bir mahkeme kararı olmadan bu delillere dayanılmasının mümkün olup olmadığı önemlidir. Mahkeme kararına dayanmayan, kanuni dayanağı da bulunmayan delil elde etme yöntemlerinin mutlak olarak özel hayatın gizliliğini ihlal edeceği kuşkusuzdur. Bu yüzden tarafların herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın özel hayata müdahalede bulunması mümkün değildir.

İspat hakkının yerine getirilmesi amacıyla özel hayata müdahale teşkil eden delil elde etme ve sunma yöntemleri temel bir hakka müdahale içerdiğinden mahkeme kararına ihtiyaç duyar. Bu nedenle mahkeme kararına dayanmayan bu şekilde delillerin sunulması, Anayasa'nın 20, 21 ve 22. ve AİHS'in 8. maddesine aykırılık teşkil etmektedir³⁹³.

Kişinin takibi için dedektif tutmak veya gizli görüntü kaydı suretiyle özel hayatın gizliliğine (AY m. 20, AİHS m. 8, TCK m. 134, TCK m. 135), kişinin telefonuna casus program yükleyerek gizlice konuşmalarını kayıt altına almak, dinlemek ve mesajlarına erişmek haberleşme özgürlüğüne (AY m. 22, AİHS m. 8, TCK m. 132, TCK m. 133), kişinin ses ve görüntü kaydını elde etmek için konutuna girerek düzenek yerleştirmek konut dokunulmazlığına (AY m. 20, AY m. 21, AİHS m. 8, TCK m. 116, TCK 134, TCK m. 135), kişinin bilgisayarından bir kısım bilgi, belge, mali kayıt, resimlere gizlice erişmek ve bunları kaydetmek (TCK m. 135) özel hayatın gizliliğine aykırılık teşkil etmektedir. Tüm bu sayılan şekillerde elde edilen delilleri yargılamada kullanmak ise ayrıca silahların

³⁹²Çiftçi, s. 581.

³⁹³Çiftçi, s. 582-583.

eşitliği ilkesine ve adil yargılanma hakkına (AY m. 36, AİHS m. 6) aykırılık oluşturmaktadır.

Özel hayata ilişkin müdahalenin mahkeme kararına dayanması mümkündür. Ancak bu müdahaleler talep edilen ispat hakkı teminine göre incelenmelidir. Örneğin, HMK'nın 219. maddesinde taraflar açısından ve 221. maddesinde ise üçüncü kişiler açısından belge ibrazı mecburiyeti düzenlenmiştir. Söz konusu 219. ve 221. maddelerde kaçınma sebebi olarak özel hayatın korunması hususu bulunmamaktadır. Bundan dolayı tarafların veya üçüncü kişilerin özel hayatlarına müdahale teşkil edeceği gerekçesiyle delil ibrazı emirlerini yerine getirmekten kaçınmaları mümkün görünmemektedir. Yani HMK'nın 219. ve 221. maddelerinin getirdiği zorunluluk nedeniyle ispat hakkının korunması pahasına anayasal bir hak olan özel hayatın korunmasına mahkeme kararı ile müdahale edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır³⁹⁴. Öğretide, özel hayatın korunması amacıyla delil ibrazına muafiyet tanınması halinde, hâkimin ölçülülük ilkesinin gerektirdiği şekilde çatışan haklar arasında bir değerlendirme ve dengeleme yapması gerekmektedir³⁹⁵. Örneğin günlükler sadece kişinin kullanımı için özgülenmiş olduklarından dolayı, taraftan günlüğünü ibraz etmesini emretmek özel hayatın korunmasının ihlali anlamına gelmektedir. Bu nedenle tarafın günlüğün içeriğini gizli tutma iradesinin bulunması ve bu belgenin içeriği kişinin özel hayatı ile ilgiliyse taraf, belgenin ibrazından kaçınabilecektir³⁹⁶.

Yukarıda anlatılan belgenin ibrazından kaçınma hususu, özel hayata müdahale edecek delil tespit talepleri için de geçerlidir. Taraflardan biri yargılama sürecinde delil ibrazından kaçınabiliyor ise, o delilin ikamesi delil tespiti yolu ile de mümkün değildir³⁹⁷.

Kanun koyucu konut dokunulmazlığına saygı hakkını sadece anayasal bir norm olarak (AY m. 20) düzenlemekle kalmamış, Türk Ceza Kanununda da kişinin konut dokunulmazlığına (TCK m. 116) yapılan hukuka aykırı müdahaleyi suç olarak saymıştır. Bu sayede kanun koyucu kişilerin konutlarında huzur ve güven içerisinde özgürce yaşabilmelerini güvence altına almıştır. Medeni yargılamada konut dokunulmazlığının tartışıldığı husus, kişinin ispat hakkını kullanabilmek ve delil elde etmek amacıyla başka

³⁹⁴Çiftçi, s. 584-585.

³⁹⁵Erdönmez, Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2014. s. 340-341.

³⁹⁶Erdönmez, Belgelerin ibrazı, s. 342-343.

³⁹⁷Çiftçi, s. 586.

bir kişinin konutuna gizlice girmesi üzerinde toplanmıştır. Bu durum delil elde etmek amacıyla hukuka aykırı arama ve elkoyma şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi, konuta gizli kamera sistemi yerleştirmek şeklinde de gerçekleştirilmektedir. Örneğin, kişilerin resmi olarak evliliği devam etse bile, farklı evlerde yaşıyorsa veya ayrılık kararı var ise, buna rağmen bir eş, delil elde etmek amacıyla diğerinin konutuna izinsiz giriyorsa, TCK'nın 116. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkının ihlalinin oluşabileceği belirtilmektedir³⁹⁸. Ayrıca, delil elde etmek amacıyla işyerlerine yapılan müdahaleler de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında konut dokunulmazlığını ihlal olarak nitelendirilmektedir. Niemietz v. Germany davasında bir kişinin mesleğine veya işine ait faaliyetlerin kişinin özel konutunda yapılabileceğinden ve işle o kadar ilgili olmayan faaliyetlerin de bir ofiste veya ticari mekânda yapılabileceğinden hareket ederek, bu konuda kesin ayrımlar yapmanın her zaman mümkün olmadığını ifade etmiş ve işyerlerinin de konut dokunulmazlığı kapsamında koruma altına alınabileceğine ve konutun meslek sahibi bir kişinin işyerini de kapsayabileceğine hükmetmiştir³⁹⁹.

Medeni yargılama hukukunda ispat hakkının kullanılabilmesi ve delil elde edilebilmesi amacıyla kişinin haberleşme özgürlüğüne müdahalede bulunulabilmektedir. Aile hukuku, ticaret hukuku ve iş hukuku uyuşmazlıklarında kişilerin yargılamada delil olarak kullanmak üzere çeşitli şekillerde başka bir kişinin telefonuna casus program yerleştirerek telefon konuşmalarını gizlice kayıt altına almak, mesajlarına erişmek; kişinin bilgisayarından bir takım belge, bilgi, e-mail, resim, mesaj, mali kayıtlarına erişmek haberleşme özgürlüğüne (AY m. 22, AİHS m. 8, TCK m. 132-133) aykırılık teşkil etmektedir⁴⁰⁰.

Örneğin, ceza yargılamasında iletişimin tespiti kararı verilmesi, kişilerin özel hayatına müdahale teşkil etmektedir. Ancak iletişimin tespiti kararı verilebilmesinin kanuni dayanağı mevcuttur (CMK m. 135) ve hâkimin iletişimin tespitine ihtiyaç duyması özel hayata müdahaleyi anayasal zemine oturtmaktadır⁴⁰¹. Bu gibi hallerde özel hayata müdahale hukuk dışı olmaktan çıkmakta ve gerekli hale gelmektedir. Türk medeni yargılama hukukunda yargılama öncesinde delil elde etme amacı ile kişilerin haberleşme özgürlüğüne müdahale öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada belirli bir

³⁹⁸ Ateş, s. 102.

³⁹⁹ Bkz. Niemietz v. Germany, 16.12.1992, 13710/88 (hudoc); bu konuda bkz. Arslan Öncü, s. 192-194; Çiftçi, s. 696-697.

⁴⁰⁰ Ateş, s. 97-100.

⁴⁰¹ Şen, Ersan, İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, CHD, s. 3, 2007/Nisan, s. 97-136.

süre boşanma davası açmadan önce eşler ve şüphelenilen kişiler hakkında iletişimin tespiti kararı veren mahkemelere rastlanmaktadır. Bu hukuka aykırı kararları bazı telefon operatörleri (Turkcell ve Avea) yerine getirirken; diğeri bazı telefon operatörleri (Telekom ve Vodafone) ise, mahkeme kararlarının gereğini yerine getirmekten kaçınmıştır. Hatta bazı mahkemeler, üçüncü kişiler hakkında dahi iletişimin denetlenmesine karar vermiştir⁴⁰². Ancak iletişimin tespiti ve denetlenmesine ilişkin önlemlerin (CMK m. 135) medeni yargılamada görülen boşanma davalarında uygulama alanı bulması mümkün değildir. Medeni yargılamada iletişimin tespiti ve denetlenmesine ilişkin önlemlere ilişkin kanuni bir temel bulunmadığı için ispat hakkının tesisi pahasına özel hayata müdahale edilmesi mutlak şekilde hukuka aykırıdır.

Bu konuda istisna sayılabilecek bir husus bulunmaktadır ki bu da, medeni yargılamada çocuğun korunması ile ispat hakkının çatışmamasıdır. Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin Türk toplumunun temel yapısı olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, ailenin huzur ve refahı ile çocukların korunması amacıyla devlet belirli önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. Bu durum ayrıca Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20.11.1989 tarihinde kabul edilen ve ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin de bir gereğidir. Özellikle çocuğun menfaatinin korunması bakımından birtakım iddiaların ispatı amacıyla özel hayatın korunması hakkına müdahalede bulunulabilmektedir. Velayet davalarında taraflardan birinin haysiyetsiz yaşam sürdürdüğünün ispatı amacıyla kişilerin özel hayatına belirli dereceye kadar müdahalede bulunulması devletin çocuğu koruma ödevi (AY m. 41) gereğince mümkün kılınmıştır. Örneğin, eşlerden birinin diğeri aldattığına dair cinsel hayatını ayrıntılı şekilde ortaya çıkaran görüntü kaydı boşanma davasında hukuka aykırı delil sayılırken, velayet davasında hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmeyebilir. Zira bu durum, devletin çocuğun menfaatinin, ruhsal ve fiziksel gelişimini korumakla yükümlü olması ve kamusal menfaatin gereğidir⁴⁰³.

Sonuç olarak, özel hayatın korunması hususunda korunan her bir hukuki değer ile ispat hakkının çatıştığı hallerde genel kurallar koymak veya birini diğeri üstün tutmak makul görünmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin müdahale ölçütlerini kullanarak ve somut olayın özellikleri değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması hakkaniyetli olacaktır.

⁴⁰²Ateş, s. 99-100.

⁴⁰³Çiftçi, s. 633.

B. Kişi Dokunulmazlığı Hakkı

Anayasa'nın 17. maddesinde, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz” denilerek kişilerin maddi ve manevi varlığına yönelik gerçekleştirilecek müdahalelerin sınırları çizilmiştir.

CMK'nın 75. maddesinde “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması” düzenlenirken, 76. maddede “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” düzenlenmiştir.

HMK'da ise bu husus sadece soybağının tespiti ile ilgili olarak düzenlenmiştir. HMK'nın 292. maddesinde, “(1) Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. (2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz” denilmiştir. Bilindiği üzere, aile hukuku bakımından çocuk ile anne arasındaki soybağı doğum veya evlat edinme yolu ile; baba ile de ana ile evlilik, tanıma, mahkeme kararı veya evlat edinme yolu ile kurulur. (TMK m. 282). Genelde biyolojik soybağı ile hukuki soybağının kurulması birlikte olmaktadır. Ancak bazı hallerde biyolojik soybağı ile hukuki soybağı birbiri ile örtüşmemektedir. Bu gibi durumlarda çocuğun hukuki soybağının değiştirilmesi veya tesis edilmesi gerekir. Zira çocuğun soybağının doğru şekilde belirlenmesi, gerçek anne ve babasını öğrenme hakkının, genetiği hakkında bilgi edinme hakkının ön koşuludur. Bu haklar ise önemli menfaatler barındırdığından dolayı temel hak olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁴. Bu nedenle kişinin rızası olmaksızın soybağı iddiasının ispatı için tıbbi müdahaleye maruz kalması, Anayasa'nın 17. maddesi ve TMK'nın 24. maddesine istisna teşkil etmektedir. Burada soybağı hukukunun temel amaçlarından biri çocuğun korunmasıdır⁴⁰⁵. Kaldı ki, anne ve babaya, çocuğun muhafazası ve bakımı amacıyla bir

⁴⁰⁴Çiftçi, s. 588-590.

⁴⁰⁵Serozan, Rona, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 162.

takım hak ve yükümlülükler getirilmiştir (TMK m. 327 vd.). Bu bakımdan çocuğun anne ve babasının sağlayacağı olanaklardan yararlanması soybağının kurulması ile mümkündür.

Anayasa Mahkemesi bir kararında⁴⁰⁶ “*Kişinin genetik babasıyla nesep ilişkisi kurabilmesi maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir gereğidir. Bireyin ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma, ana ve babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmelerini isteme hakkı, onun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi kapsamındadır. Hukuk devleti ilkesi de kişinin genetik-biyolojik kökenini bilme ve soybağı ilişkisini kurma hakkının önündeki engelleri kaldırmayı gerektirir*” diyerek çocuğun nesebini öğrenme hakkının önemini vurgulamıştır.

Öncelikle kişilerden biyolojik numune almak kişilerin özel hayatına, vücut bütünlüğüne ve kişisel verilerinin korunmasına müdahale teşkil eder. CMK'nın 75. maddesinde ifade edilen ölçülülük ilkesi ve son çare ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir. Kaldı ki; Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. ve devamı maddelerinin uygulanabilmesi için aranan koşullar katı bir şekilde belirlenmiştir. Söz konusu şartlardan herhangi birinin bulunmaması halinde yapılan muayene veya alınan örnek hukuka aykırı delil sayılmaktadır. Peki, CMK'nın 76. maddesinin suçun mağduru ve diğer kişiler üzerinde yapılacak iç ve dış beden muayenesini konu aldığı gözönüne alındığında kıyasen medeni yargılamada uygulanması söz konusu olabilecek midir? CMK'nın 76. maddesinin medeni yargılamaya kıyasen uygulanması, örneğin, nişanın bozulmasından kaynaklanan bir tazminat davasında kadının “kızlık zarı muayenesi” kararı verilmesine yol açabilecektir. Bu tip bir uygulama özellikle Anayasanın 17. maddesinin ihlali anlamı taşıyacaktır. Kaldı ki; böyle bir uygulamanın ispat hakkını temin ettiği düşünülse dahi, insan onuruna yakışır şekilde ispat hakkının kullanılmasıyla çelişmektedir. Ayrıca mahkeme, medeni yargılamada CMK'nın 76. maddesinin uygulanmasına karar verdiği takdirde kadın üzerinde beden muayenesi yapılması duruma göre, TCK'nın 287. maddesinin uygulanmasına sebebiyet verecek ve hâkimin hukuki ve idari sorumluluğuna gidilmesini mümkün kılacaktır⁴⁰⁷.

Zaten, Anayasa'nın 17. maddesine müdahale niteliği taşıyan CMK'nın 75. ve devamı maddelerinin uygulanabilmesi için mutlaka bir suça ilişkin delil elde etme amacı

⁴⁰⁶ AYM, 10.10.2013, 62/115 (RG 10.12.2013, S. 28847)

⁴⁰⁷ Çiftçi, s. 603.

bulunması gerekmektedir. Hukuki düzenlemenin kıyasa tabi tutulması Anayasa'ya mutlak surette aykırılık teşkil etmektedir. Bu özel düzenlemenin başka alanlara sirayet etmesini engellemek amacıyla TCK'nın 80. maddesi "Genetik İnceleme Sonuçlarının Gizliliği" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu madde, "(1) 75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. (2) Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir" hükmüne amirdir. CMK'nın 80. maddesi, ceza soruşturmalarında yapılan gen incelemeleri, mahkûmiyet kararı haricinde derhal imha edilmesini hüküm altına almış ve hatta medeni yargılamaya ilişkin bir davada dahi kullanılmasını engellemiştir. Kanaatimizce, CMK'nın 80. maddesi sebebiyle, mahkûmiyet kararı verilen bir ceza davasının bekletici mesele yapılması halinde dahi bu kişisel verilerin medeni yargılamaya ilişkin bir davada delil olarak kullanılması mümkün değildir⁴⁰⁸.

Örneğin, trafik kazası sonrası yapılan alkol muayenelerinin medeni yargılamada delil olarak kullanılması –tazminat davaları- imkânı olup olmadığı hususu sorun teşkil etmektedir. Kişi alkollü şekilde araç kullandığı sırada başka bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olabilir. Bu durumda kişiden kan örneği alınarak alkollü olup olmadığı tespit edilerek ceza soruşturması başlatılacaktır. Kişiden kan örneği alınması işleminin CMK'nın 75. maddesinden kaynaklandığı gözönüne alındığında bu delilin medeni yargılamada kullanılamayacağı açıktır.

Yukarıda incelendiği üzere CMK'nın 75. ve 80. maddeleri bu tip kişisel verilerin her ne sebeple olursa olsun başka bir davada delil olarak kullanılmasına imkân tanımamaktadır. Ancak bu konuda Karayolları Trafik Kanununda ve Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde⁴⁰⁹ özel bir düzenleme bulunmaktadır. KTK'nın 48. maddesinde, kişilerin araç kullanırken alkol ve uyuşturucu kullanıp kullanmadıklarının tespitinin emniyet güçleri tarafından yapılacağı ve konuyla ilgili düzenlemelerin yönetmelik ile yapılabileceği belirtilmiştir. Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 159. maddesine göre de, İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu bakımından, Karayolları

⁴⁰⁸ Çiftçi, s. 602.

⁴⁰⁹ RG 18.07.1997, s. 23053 mükerrer.

Trafik Kanunu'nun 85 ila 111 inci maddelerindeki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu maddeler arasında sayılan 97. maddede “*Trafik görevlilerince sürücüler her zaman alkol kontrolüne tabi tutulabilirler. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kontrolü ise durumundan şüphe edilen sürücüler üzerinde yapılır*” denilmiştir. Ancak medeni yargılamaya ilişkin uyuşmazlıklarda kişilerden biyolojik örnek alınarak yapılacak incelemelerin hukuka uygun yolla elde edilmiş delil niteliği bulunması için bu düzenlemelerin yönetmelik ile değil kanun ile yapılması gerekmektedir. Aksi uygulama ile elde edilmiş kişisel verilerin medeni yargılamada kullanması hukuka ve anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca bu şekilde elde edilen delillerin hukuka aykırı yolla elde edilmiş delil vasfında olacağı da kuşkusuzdur⁴¹⁰.

Tüm bu açıklanan nedenlerle, medeni yargılamada, vücuttan kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu, medeni kanunda düzenlenen soybağının reddi, tanınmanın iptali ve babalık davasında söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla HMK'nın 292. maddesi bu davalarda uygulama alanı bulabilecektir. Kanun koyucu, Anayasa'nın 13. maddesinin ruhuna uyarak, ölçülülük ilkesini kanun yapımı sırasında uygulamış ve HMK'nın 292. maddesinin sadece soybağına ilişkin davalarda ve kişiye zarar vermeyecek şekilde kullanılması şartıyla uygulanabileceğini belirterek sınırlı ve amaca uygun şekilde düzenlemiştir.

III. İHLALİN SONUÇLARI VE HUKUKA AYKIRI DELİL TOPLAYANLARIN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Her ispat hakkı sınırlaması mutlaka ispat hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir. Ancak, anayasal sınırlama ölçütleriyle meşruluk kazanamamış her bir sınırlama, ispat hakkı ihlali anlamına gelmektedir. Bu nedenle, ispat hakkının ihlali, hakkı ihlal edilen kişiye pek çok hukuki yola başvuru imkânı tanımaktadır. Hukuki yola ne şekilde başvurulacağını ihlalin ne şekilde gerçekleştiği ve kim tarafından gerçekleştirildiği ve hukuki yola başvuranın başvurmadaki amacı belirler⁴¹¹.

⁴¹⁰ Çiftçi, s. 603-604.

⁴¹¹ Çiftçi, s. 669.

İlk derece mahkemesinin yargılaması esnasında bir ihlal bulunuyorsa bu husus istinaf veya temyiz yoluna başvuru ile düzeltilebilmektedir. Eğer kanun yolu denetimiyle düzeltilmemiş ispat hakkı ihlali, yargılamanın yenilenmesi sebebini oluşturmaktaysa; ihlal, yargılamanın yenilenmesi yoluyla da giderilebilmektedir⁴¹². Olağan ve olağanüstü kanun yollarıyla giderilemeyen ispat hakkı ihlalleri için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru imkânı da bulunmaktadır. İspat hakkının ihlal edildiği her durum Anayasa'nın 36. ve AİHS'in 6. maddesinin ihlali anlamına gelmektedir. Bu nedenle ihlale uğrayan kişi hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasını veya tazminat yoluyla da hukuka aykırılığın giderilmesini talep etme imkânına sahiptir⁴¹³.

Ayrıca ispat hakkı ihlal edilen kişinin, ispat hakkının ihlaline sebebiyet veren yargılama süjelerinin sorumluluğu yoluna gitmesi de mümkündür. Yargılama süjeleri ifadesinden hâkim ve avukatı anlamak gerekir. Hatta ispat hakkını zedeleyen hukuki hata tanık ve bilirkişiden kaynaklanıyorsa, ispat hakkı bu kişilere karşı da Türk Ceza Kanunu hükümleri ile koruma altına alınmıştır⁴¹⁴.

B. Hukuka Aykırılığın Ortadan Kaldırılması

İspat hakkı ihlal edilen tarafın amacı ispat hakkı ihlalini ve bu ihlalin etkilerini ortadan kaldırmak ise, istinaf yoluna veya temyiz yoluna başvuru, karar düzeltme; Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru veya AİHM tarafından verilen kararın lehe olması halinde ise yargılamanın yenilenmesi yollarından birisine başvuracaktır. Bu şekilde ispat hakkının ihlali, sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmış olacaktır⁴¹⁵.

Anayasa Mahkemesi, medeni yargıya ilişkin kararların hukuka uygunluk denetimini yapan üst bir temyiz mahkemesi değildir. Hukukun yanlış uygulanmış olması Anayasanın ihlali anlamına gelmemektedir. Hukukun uygulanması görevli mahkemelerin işidir ve bu kontrol Anayasa Mahkemesine verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi medeni yargılamada temel hakların ihlal edilip edilmediğiyle ilgilenir ve ihlalin yargılamanın adil şekilde gerçekleşmesine engel olup olmadığını tespit eder. İspat hakkı temelini adil yargılanma

⁴¹² Arslan, Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, s. 734-735.

⁴¹³ Çiftçi, s. 671.

⁴¹⁴ Çiftçi, s. 672.

⁴¹⁵ Arslan, Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, s. 734-735.

hakkından aldığından dolayı AİHS'in 6. maddesine aykırılık teşkil eden ispat hakkı ihlali Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru olarak taşınabilecektir⁴¹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru ise Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olması sebebiyle başvurulabilecek son yerdir. AİHS'in 6. maddesine dayanarak yapılan başvuru sonucunda kararın adil olup olmadığı değil, adil karar verilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığı tespit edilecektir. İspat hakkı içeren herhangi bir hakkın ihlali ispat hakkının ihlali için yeterli bir sebep olarak görülmektedir. Neticede adil yargılanma hakkı, tüm yargılama sürecine ilişkin olduğu için bu ilke ve içerdiği alt unsurlar ilk derece yargılaması, istinaf ve temyiz aşamalarında da göz önüne alınmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından tarafların iddiaları ve delilleri yeterince incelenmemiş ve karar tatmin edici şekilde gerekçelendirilmemişse Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurulabilir⁴¹⁷. Örneğin, AİHM, makul sürede yargılanma hakkının sınırlarını geçmiş olması sebebiyle Alman Anayasa Mahkemesi yargılamasının adil bir yargılama olmadığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık teşkil ettiği yönünde karar vermiştir⁴¹⁸.

C. Geçersizlik

İspat hakkını ihlal eden ispat sözleşmeleri ve normatif düzenlemelerin geçersizliği, ispat hakkı ihlallerinde uygulanabilecek başka bir yaptırım türüdür. Söz konusu ispat sözleşmelerinin geçersizliği ile normatif düzenlemelerin geçersizliğinin ise farklı hukuki dayanaklara ve denetimlere tabi olacağı açıktır.

1. İspat Sözleşmelerinin Geçersizliği

İspat sözleşmeleri, tarafların kendi iradeleri ile ispat haklarına müdahale edilmesini içermektedir. Ancak bu müdahalenin hukuka aykırılık içermesi halinde ispat sözleşmesinin geçersizliği gündeme gelmektedir. İspat sözleşmesinin geçersizliği özellikle delil sözleşmeleri kapsamında düzenlenmiştir. Bu husus, HMK'nın 193/2. maddesi, "*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalade*

⁴¹⁶ Çiftçi, s. 414-416.

⁴¹⁷ Çiftçi, s. 416.

⁴¹⁸ Bkz. (hudoc) Buchholz/Germany, Appl. No: 7759/77, 06.05.1981, § 48; benzer kararlar için bkz. Sramek/Austria, Appl. No: 8790/79, 22.10.1984, § 35; Bock/Germany, Appl. No: 11118/84, 29.03.1989, §§ 36-37; Sussmann/Germany, (Grand Chamber), Appl. No: 20024/92, 16.09.1996, §§ 44-46; Deumeland/Germany, Appl. No: 9384/81, 29.05.1986, § 77; Poiss/Austria, Appl. No: 9816/82, 23.04.1987, § 52.

güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir.” denilmek suretiyle genel şekilde hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkındaki Yönetmeliği'nin EK-1 1/1. maddesi n bendinde⁴¹⁹, *“Tüketicinin özellikle, hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngörmek, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandırmak veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini tüketiciye yüklemek suretiyle tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar,”*ın bulunduğu delil sözleşmelerinin geçersiz olacağı kabul edilmiştir⁴²⁰.

2. Pozitif Hukuk Normlarının Geçersizliği

Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasa'ya ve uluslararası sözleşmelere uygunluğunu denetleyebilme yetkisine sahiptir. Bu mekanizma soyut ve somut norm denetimiyle gerçekleşmektedir. İspat hakkını ihlal eden kanuni düzenlemelere yönelik somut norm denetimi yapılması için Anayasa Mahkemesine başvuru mümkündür. Bu denetim ile ispat hakkını ihlal eden düzenlemeler iptal edilmektedir. Zira Anayasa'nın 13. maddesinde, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”* denilmiştir. Bu sebeple bir kanuna dayanılmadan kanun hükmünde kararname, tebliğ, genelge vs. bir düzenleme ile ispat hakkı sınırlanması söz konusu olamaz. Bu şekilde bir düzenlemenin kabulü, Anayasa Mahkemesinde somut norm denetimine tabi tutularak geçersizliği sağlanabilecektir⁴²¹.

Ç. Ceza Yaptırımı

İspat hakkının ihlali, doğrudan doğruya cezai sorumluluğa sebebiyet vermemektedir. Ancak hukuka aykırı delil toplayanların sebep oldukları - kişilik haklarına ağır saldırı teşkil eden- haller ve ispat hakkı ihlallerinde birtakım iş ve işlemler cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Örneğin, kişinin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi için (TCK m. 166); kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kişi için (TCK m. 132); kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen

⁴¹⁹ RG 17.06.2014, s. 29033.

⁴²⁰ Çiftçi, s. 674.

⁴²¹ Çiftçi, s. 673.

veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi için (TCK m. 133); kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kişi için (TCK m. 134); hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kişi için (TCK m. 135); kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi için (TCK m. 136); yargı görevini yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs eden kişi için (TCK m. 277); görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi için (TCK m. 288); yalan tanıklık yapan kişi için (TCK m. 272); yalan yere yemin eden kişi için (TCK m. 275); gerçeğe aykırı şekilde bilirkişilik ve tercümanlık yapan kişi için (TCK m. 276) cezai sorumluluk söz konusu olmaktadır.

Dolayısıyla kanun koyucu hukuka aykırı uygulamaları sadece yargılama kuralları ile (HMK m. 189/3, CMK m. 206/2, CMK m. 217/2) ile sınırlamamış, kişinin güven içerisinde yaşamasını sağlamak amacıyla Türk Ceza Kanununda ayrı ayrı suç olarak düzenlemiştir. Kanun koyucunun iradesi sadece hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmaması yönünde şekillenmemiştir; aynı zamanda kamu düzenini sağlamak amacıyla bu fiilleri suç saydığı görülmektedir⁴²².

Tüm bu suçları oluşturan eylemlerin ortak yönünün, yargılama usulünde taraflardan birinin ispat hakkının ihlali veya söz konusu delillerin kişinin özel hayat alanına saldırı suretiyle elde edilmesi olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Hukuka aykırı delil toplayanların bu delilleri sadece ve sadece medeni yargılama hukukundaki iddialarını ispatlamak için kullandıklarını veya davanın ispatı için tek delilin bu -hukuka aykırı şekilde elde edilmiş- delil olduğunu dolayısıyla ispat güçlüğüne aşmaya çalıştıklarını savunmaları kendilerini ceza sorumluluğundan kurtarmayacaktır.

Nitekim toplanan delilin nerede ve ne amaçla kullanılacağından bağımsız olarak; hukuka aykırı şekilde toplanan delil, karşı tarafın özel hayatı ve buna bağlı hakları ihlal edilerek hukuka aykırı şekilde elde edilmiştir. Zira hukuka aykırı delil toplayanların, topladıkları delilleri herhangi bir yargılamada kullanmasalar dahi yukarıda sayılan ve özel hayatın gizliliğinin ihlaline sebebiyet veren eylemlerinden dolayı yine cezai sorumlulukları bulunmaktadır. Neticeten söz konusu delil hukuka aykırı elde edildiği için ister yargılama

⁴²²Çiftçi, s. 683.

esnasında kullanılsın ister hiç kullanılsın delil toplayanların eylemleri suça vücut vermiştir. Bu eylemler dolayısıyla doğrudan doğruya kişinin ispat hakkı ve kişilik hakları zarar görmüştür.

D. Tazminat

İspat hakkının ihlali halinde tazminat sorumluluğu çeşitli şekillerde gündeme gelmektedir. İspat hakkının ihlali, Anayasa'nın 36. ve AİHS'in 6. maddesinin ihlali niteliği taşıdığından dolayı bireysel başvuru ve AİHM başvurusu neticesinde tazminat sorumluluğu doğabilmektedir.

1. Devletin Tazminat Sorumluluğu

Anayasa Mahkemesine veya AİHM'e başvuru neticesinde tazminata hükmedilebilmektedir. Ancak hükmedilen tazminat miktarını aşan bir zararın varlığı halinde ayrıca devletin hukuki sorumluluğuna başvurulabilmektedir. Bu tazminat sorumluluğu, temelini Anayasa'nın 125. maddesinden almaktadır. Ayrıca hâkimin sorumluluğuna başvurmadan, ispat hakkı ihlaline karşı devletin tazminat sorumluluğuna başvurulması için HMK'nın 46. maddesinde aranan sebeplerden birinin bulunması şart değildir. Buradan anlaşılacağı üzere, devlet aleyhine tazminat sorumluluğuna başvurulması hususu sadece hâkimin sorumluluk sebepleri ile sınırlandırılmamıştır⁴²³.

2. Özel Hukuktan Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu

Hak dağıtma görevi devlete aittir. Hak dağıtırken ispat hakkının ihlal edilmemesini veya ispat hakkı ihlal edilirken bu duruma müdahale ederek adil şekilde yargılama yapılmasını sağlamak devletin görevidir. Bu yüzden ispat hakkının ihlal edilerek yargılamanın adil şekilde gerçekleştirilmesini akamete uğratmaktan dolayı kusur ve sorumluluk birinci derecede devlete aittir. Ayrıca ispat hakkının ihlali karşı tarafın eyleminden kaynaklansa dahi, adil yargılamanın gerçekleştirilmesini denetim ve gözetim yetkisi devletindir. Ancak bazı hallerde devletin de denetim ve gözetim görevini kullanması karşı tarafın eylemi nedeniyle akamete uğratılmış olabilir. Örneğin, karşı taraf tanıkla anlaşarak yalancı tanıklığa dayalı hüküm kurulmasına sebebiyet vermişse veya karşı taraf boşanma davasında kullanmak amacıyla dedektif marifetiyle eşinin gizli

⁴²³ Çiftçi, s. 674-675.

hayatına ilişkin video kayıtları elde ettiyse –bu haller yargılamanın yenilenmesine konu edilmemiş olsa dahi- ceza mahkemesince tespit edilmişse, karşı tarafın da tazminat sorumluluğu doğacaktır. Bu gibi hallerde karşı tarafın tazminat sorumluluğunun temeli haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktadır⁴²⁴.

Bazen tarafların ispat hakkı karşı taraftan dolayı değil, temsile yetkili kıldığı avukat tarafından da ihlal edilebilmektedir. Avukatlık mesleği, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ilk maddesinde belirtildiği üzere serbest meslek olmasının yanı sıra aynı zamanda kamu hizmeti niteliğindedir. Bu itibarla, avukatlığın amacı, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder. Avukat mesleğin ifası sırasında yukarıda belirtilen amaçlar doğrultusunda özen yükümlülüğü bulunduğunun bilinciyle hareket etmek zorundadır. Avukatın, Avukatlık Kanunu gereğince özen ve sadakat yükümlülüğü ve Türk Borçlar Kanunundan kaynaklanan vekâlet sözleşmesi gereğince özen gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, *“Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.”*denilmiştir. Kanunun 134. maddesinde ise *“Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır.”* denilerek avukatların yükümlülükleri belirlenmiş ve buna aykırı davranışlar halinde yaptırımlar öngörülmüştür.

Türk Borçlar Kanunu'nun 506/2-3 maddesinde ise, vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu, vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranışın esas alınacağı belirtilmiştir. Örneğin avukat delil sunulması için kesin süreyi kendi ihmali ile

⁴²⁴ Çiftçi, s. 675-676.

kaçırmış ve ispat hakkı sahibi delilleri sunamadan hüküm kurulmuşsa veya istinaf-temyiz yoluna başvuru süresini kendi ihmali ile kaçırılmışsa avukat hem adil yargılanma hakkının ihlaline sebep olmuş ve hem de tarafın ispat hakkını kullanmasına engel olmuştur. Bu ve benzeri hallerde avukatın tazminat sorumluluğuna başvurulabilecektir. İspat hakkı ihlal edilen kişi, koşulların varlığı halinde avukatın aynı zamanda disiplin⁴²⁵ ve cezai sorumluluğu yollarına da başvurabilmektedir. Avukatın disiplin ve cezai sorumluluğuna başvurabilmek için avukat ile hakkı ihlal edilen kişi arasında sözleşmeden kaynaklı bir ilişki bulunmasına gerek yoktur. Bazen avukatın disiplin ve cezai sorumluluğuna başvurabilecek kişi ispat hakkı ihlal edilen karşı taraf da olabilmektedir. Örneğin, avukat, tanıklara baskı kurmak, hukuka aykırı delil yaratmak veya toplamak suretleriyle hüküm verilmesine sebebiyet vermişse hem avukatlık onuruna ve hem mesleğin düzen ve gerekleri ile dürüst şekilde mesleğini ifa etme yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olur ve disiplin sorumluluğu⁴²⁶ doğar.

Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu'nun verdiği bir kararda⁴²⁷, “*Avukatlık, diğer mesleklerden farklı olarak kolektif inanç gerektiren mesleklerdendir. Avukatın yaptığı tüm işlemlerde yasaya ve adalete uygun hareket ettiği, doğruluk ve dürüstlük ilkelerine sadık davrandığı kabul edilir. Bu nedenle, mesleki faaliyetin yürütülmesi sırasında bu güveni sağlamak ve meslek itibarını sarsabilecek her türlü davranıştan kaçınmak avukatın başlıca görevidir.*” denilerek avukatın doğruluk karinesinden yararlanan bir meslek olduğu defaten belirtilmiştir.

E. Hâkimin Hukuki Sorumluluğu

İspat hakkı ihlaline sebebiyet veren veya hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerle karar veren hâkimden dolayı, HMK'nın 46. maddesine göre devlet aleyhine tazminat davası açılmaktadır. Devlet ise ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde sorumlu hâkime rü'cu etmektedir. Örneğin, hâkimin taraflardan birini kayırması yahut taraflardan birine husumet besleyerek hukuka aykırı bir karar vermiş olması, menfaat temin etmek amacıyla kanuna aykırı bir hüküm veya karar vermiş olması, açık ve kesin bir kanun hükmüne

⁴²⁵ “*Bir haktan vazgeçmeyi gerektiren işlemlerde vekil edenin yazılı muvafakatinin alınması zorunludur. Avukat kararın temyizinde yarar görmediği kanısında ise, mütalaasını iş sahibine yazılı olarak bildirmek ve nedenlerini açıklamakla yükümlüdür. Kovuşturma konusu olayda bu ilkeye uygun davranmayan şikâyetli kusurlu görülmüştür.*” (TBB, 19.03.2004, 2003/420 E., 2004/88 K.)

⁴²⁶ **Çiftçi**, s. 676; Bu yönde bir karar için bkz. “*Hasmın tebligat adresi bilinmesine karşın, bir başka adrese tebligat çıkarmak eylemi Doğruluk ilkesine aykırı olduğundan disiplin suçudur.*” (TBB, 12.01.2003, 2002/262 E, 2003/5 K.)

⁴²⁷ TBB, 18.05.2002, 2001/325 E., 2002/136 K.

aykırı karar veya hüküm vermiş olması, duruşma tutanağında bulunmayan bir sebebe dayanarak hüküm vermiş olması, söylenmeyen bir sözü karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi göstererek hüküm vermiş olması sebebiyle ispat hakkı ihlale uğratılmışsa, hâkimin yargılama faaliyetinden dolayı devletin tazminat sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Elbette, hâkimin hukuki sorumluluğu yoluna başvuru, ispat hakkı ihlali ile ortaya çıkan durumu tek başına ortadan kaldırmayacaktır, sadece ispat hakkı ihlaline sebebiyet veren hâkim için bir yaptırım oluşturacaktır⁴²⁸.

⁴²⁸ Çiftçi, s. 677.

SONUÇ

Yargılama faaliyetini maddi gerçeğe ve adalete ulaştıran en önemli vasıta delillerdir. Delillerin yargılamanın yapıtaşısı olduğu bile söylenebilir. Bu nedenle, delillerin niteliği, elde ediliş biçimi ve değerlendirilmesi; yargılamanın başarısı ve hukuk sistemine duyulan güven bakımından büyük önem arz etmektedir.

Yargılama faaliyetinde bilgi taşıyıcısı her şeyin delil olarak kullanılabilmesine “delil serbesliği ilkesi” denilmekte ve bu ilkenin maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için gerekliliği bulunmaktadır. Ancak günümüzde maddi gerçeğin sınırsız şekilde araştırılmasının pek çok kişisel ve toplumsal değeri tahrip ettiği de anlaşıldığından, delil serbestliği ilkesine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Hukuk devletinin muhafaza edilmesi bakımından, delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara “delil/ispat yasakları” denilmektedir. Delil/ispat yasakları, ikame ve değerlendirme yasakları olarak iki ana başlık altında incelenmektedir. Bunlar; delil/ispat konusu, delil/ispat aracı ve delil/ispat usulü yasakları olmak üzere üç alt başlık halinde ele alınmaktadır.

Tarihsel süreçte hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin geçerliliği ve kullanılmasına yönelik tartışmalar, ilk olarak ceza yargılama hukukunda başlamıştır. Ceza yargılamasında devlet organlarınınca anayasal hakların ihlali yoluyla delil ikame edilmesinin önüne geçmek amacıyla devlet otoritesinin bireylere karşı sınırlanması ihtiyacı doğmuştur. Hukuka aykırı deliller konusu, insan hakları ve hukuk devleti kavramlarında meydana gelen gelişmelere uygun olarak, medeni yargılama hukukunda da tartışma konusu haline gelmiştir. Gerek ceza yargılamasında ve gerekse medeni yargılama hukukunda ispat yasaklarının ve buna ilişkin tartışmaların ana mihranı temel hak ve özgürlüklerin korunması kaygısıdır. Delil elde etme ve delil değerlendirilmesi süreçleri, temel hak ve özgürlüklere saygılı şekilde yürütülmelidir. Maddi gerçeğe ulaşırken adil yargılama ilkesinin gerekleri ve menfaatler dengesi de gözetilmeli, ancak ortaya çıkabilecek hak ihlallerini önleyici tedbirler alınmalıdır.

Ülkemizin de dâhil olduğu Kıta Avrupa’sı hukuk sistemlerinde delil yasaklarının öncelikli amacı insan onurunun ve insan haklarının korunmasıdır. Daha sonra ise caydırıcılık ilkesi ile kolluğu hukuka aykırı davranışlardan caydırmak amaçlanmıştır. Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde ise ilk amaç soruşturma görevlilerinin caydırıcılık ilkesi ile disipline edilmesidir. Bu sistemlerde insan haklarının dolaylı yoldan korunduğunu

söylemek mümkündür. Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde delil elde edilirken insan haklarının ihlalden ziyade, öncelikle delil yasaklarının ihlal edilmiş olması dikkate alınır. Bu nedenle önemsiz sayılabilecek bir hukuka aykırılık halinde dahi o delil yargılamada kullanılamaz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde delillerin sunulması, kabulü ya da değerlendirilmesi hususlarında bir düzenleme bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi delillerin iç hukuk sistemine göre değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, özel yaşama ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkının ihlali suretiyle delil elde edilmesini söz konusu hakkın ihlali olarak kabul etmektedir. Bu şekilde elde edilen delillere dayanılarak yapılan yargılamaların adil yargılanma hakkının da ihlaline yol açabileceğini belirtmektedir.

Öte yandan hukuka aykırı yollarla delil elde edilirken en yoğun şekilde ihlal edilen hak, özel hayatın gizliliği hakkıdır. Özel hayat kavramı, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak geniş bir kavram olsa da, önem arz etmesi nedeniyle ayrıca değerlendirilmesi gereken ve özel hayat kavramının içeriğini oluşturan kavramlar bulunmaktadır. Bunlar; kişinin hiç kimseye paylaşmadığı veya sınırlı kişilerle paylaştığı konutu, belgeleri ve eşyaları, kişisel verileri, cinsel hayatı, kimliği ve sesidir. Gerek Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde, gerek Kıta Avrupa'sı hukuk sistemlerinde ve gerekse İslam hukukunda özel hayata dokunulamaz. Özel hayat farklı hukuk sistemlerinde, hem özel hukuk hem de kamu hukuku kurallarıyla korunmuştur. Hukukumuzda özel hayatın gizliliği hakkı, normlar hiyerarşisinin en üstünde olan Anayasada düzenlenmiş olup, tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı gözetilmektedir. Kişinin bilgisi ve isteği dışında özel hayatına ilişkin bilgilerin o kişiye karşı kullanılması temel haklara, hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenledir ki, delil yasaklarının üst amacı, insan onurunu ve insan haklarını korumaktır.

Delil yasakları, ilk kez 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla CMUK'un 254. maddesine eklenen ikinci fıkra ile mevzuata dâhil edilmiştir. CMUK'un 254. maddesine eklenen "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı bir şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*" hükmü ceza muhakemesi tatbikatında bir süre tereddütlere yol açmıştır. Bu şekilde elde edilen delillerin dosyadan çıkarılıp çıkarılmayacağı, hukuka

aykırı deliller yoluyla elde edilen diğer delillerin (zehirli ağacın meyveleri) hukuki durumu ve geçerliliği gibi konularda tartışmalar yaşanmıştır.

Bu tartışmaların son bulması amacıyla, 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunun 15. maddesi ile Anayasa'nın 38/6. maddesine “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” hükmü eklenerek delil yasakları Anayasal ilke haline getirilmiştir. Daha sonra kanunlarımızda pek çok düzenleme yapılarak bu ilke pekiştirilmiştir. Delil yasaklarına ilişkin hükmün Anayasal ilke haline getirilmesi, bazı sonuçlar doğurmuştur. İlk olarak; Anayasada yer alan bu düzenleme artık sadece CMK bakımından değil, tüm yargılama hukuku bakımından hüküm ifade edecek; bundan Anayasa yargısı, medeni yargı, idari yargı, hatta disiplin hukuku temelinden etkilenecektir. İkinci olarak; eski CMUK'un 254/2. maddesi sadece soruşturma ve kovuşturma makamlarını bağlamasına rağmen, Anayasal düzenlemenin herkesi bağladığı dikkate alındığında; özel kişiler tarafından elde edilen deliller de delil yasağı kapsamına dâhil edilecektir. Son olarak; Anayasa'nın 38/6. maddesinde kanuna aykırı elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği belirtildiğine göre, kanuna aykırı olarak elde edilmiş ve henüz delil vasfını kazanmamış tüm iz ve eserler ile belirtiler de artık delil sayılmayacaktır. Anayasada delil değil de bulgu denilmiş olması, zehirli ağacın meyveleri tartışmasına da son noktayı koymuştur.

Anayasa'nın 11. maddesinde, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*” denilmiştir. Bu durumda Anayasada zikredilen mutlak delil yasağı, herkes bakımından bağlayıcı sonuç doğurmaktadır.

Şurası muhakkaktır ki; her ne kadar Anayasa'nın 38. maddesinin başlığı “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” ise de; Anayasa'nın madde başlıkları metne dâhil olmadığından, bu maddede yer alan mutlak delil yasağı gibi ilkeler herkes ve her organ için bağlayıcı niteliktedir. Yani sadece genel ceza mahkemelerini değil, idare mahkemelerini, hukuk mahkemelerini, vergi mahkemelerini, Anayasa Mahkemesini, TBMM soruşturma komisyonlarını, özel soruşturma kurallarını uygulayan kişi ve makamları hülasa tüm sistemi bağlayacaktır. Esasen 38. maddenin Anayasanın “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı

ikinci kısmında “Kişinin Hak ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümde düzenlenmiş olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır⁴²⁹.

Anayasanın 38/6. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra 12.01.2011 tarihinde kabul edilen 6100 sayılı HMK’nın ispat hakkı başlıklı 189-(2) maddesinde “*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*” hükmü getirilerek hukuka aykırı şekilde elde edilen delili dikkate alma yasağı gerekçesinde; delilin elde edilmesinin hukuka aykırılığının her zaman re’sen dikkate alınacağı açıklanmıştır. Bu nedenle yargılamada maddi gerçeğe ulaşma amacı, hukuka aykırı şekilde elde edilen delili yargılamada kullanmanın gerekçesi olamayacaktır. Zira hukuka aykırı yoldan elde edildiği kabul edilen delilin içeriğinden öğrenilen bilgiler aracılığıyla elde edilen diğer deliller bakımından da “*zehirli ağacın meyvesi de zehirli olur*” kuralı kabul edilerek bu şekilde elde edilmiş türev delil de hiçbir yargılamada kullanılamayacaktır.

Ülkemizde medeni yargılama hukukunda hukuka aykırı delillerin en sık kullanıldığı alan, aile hukukudur. Boşanma sistemimiz serbest irade sistemine dayanmadığı için, aile mahkemeleri tarafların bir kusuru bulunmadıkça boşanma kararı vermeyebilmektedir. Ayrıca tarafların boşanmaya dayalı ekonomik talepleri de kusur ispatına dayanmaktadır. Dolayısıyla taraflar ekonomik taleplerini elde etmek amacıyla diğer tarafın kusurunu ispat etmeye çalışmakta ve hukuka aykırı yollardan delil elde ederek özel hayatın gizliliği hakkını ihlal etmektedir. Açık Anayasal ve yasal düzenlemeler ile Yargıtay içtihatlarına rağmen, hukuka aykırı delillerin hükme esas alınması; yargılamaları uzatmakta, tarafların boşanması uzun yıllar sürmekte ve toplumda onarılmaz yaralar açılmaktadır.

Sonuç olarak, medeni yargılama hukukumuzda hukuka aykırı şekilde delil elde edilmesi ve kullanılmasını en aza indirebilmek için; mahkemelerin en geç öninceleme aşamasında hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delilleri tespit ederek kapsam dışı bırakması ve yargılamaya hukuka uygun deliller ile devam etmesini zorunlu kılacak yasal düzenlemeler yapılması, ayrıca hukuka aykırı delillerin -mahkemelere sunulması halinde dahi- sorumluların cezalandırılmasını sağlayacak açık yasal düzenlemeler yapılması gereği ortaya çıkmaktadır.

⁴²⁹Öztürk/Erdem, s. 476-493; Yurtcan, s. 427 vd.

Öte yandan hukuka aykırı delillere en sık teşebbüs edilen alanın aile hukuku olduğu dikkate alınarak; boşanmada serbest iradeyi esas alan yasal düzenlemeler yapılması, işlevine ihtiyaç duyuluyor ise dedektiflik kurumuna ilişkin yasal düzenleme yapılarak örneğin kanunla kolluk güçleri gibi denetim altına alınması ve nihayet başta hâkimler olmak üzere uygulayıcıların hukuka aykırı deliller ve zehirli ağacın meyveleri konusunda meslek içi eğitime tabi tutulması gerekmektedir. Ayrıca sadakat yükümlülüğü hususunda bir takım düzenlemelerin getirilmesi ve bu yükümlülüğün sadece evliliğin fiili olarak sürdüğü süreçte devam etmesi gerekmektedir. Hukuka aykırı şekilde delil elde edilmesi ve kullanılması, dolayısıyla özel hayatın gizliliği başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin azaltılması; ancak önerilen tedbirler sayesinde mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin Delil Değerlendirme Yasakları, Fasikül Hukuk Dergisi, Y.2, S.13, Aralık 2010.
- Aksoy İpekçioğlu, Pervin, Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri, AÜFHD, C.87, S.3, 2008, S. 64.
- Akyol Aslan, Leyla Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara 2011.
- Akyürek, Güçlü Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 101, Temmuz/Ağustos 2012.
- Alangoya, Yavuz Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2003.
- Alangoya, Yavuz/
Yıldırım, M. Kamil/
DerenYıldırım, Nevhis Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Albayrak, Hakan, Yaklaşık İspat, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Konya 2012.
- Altunkaş, Aysun Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Yüksek Lisans Programı İnsan Hakları Hukuku Bölümü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- Arslan, Ramazan Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.
- Arslan, Ramazan Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1977.
- Arslan, Ramazan Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, Ankara Barosu Dergisi, 1988/5-6.
- Arslan, Ramazan/
Yılmaz, Ejder/
Taşpınar Ayvaz, Sema/
Hanağası, Emel Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Yetkin 2020.
- Arslan Öncü, Gülay Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta, İstanbul 2011.

- Atalay, Oğuz Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.
- Atalı, Murat İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, Legal MİHDER, 2006/III.
- Ateş, Mustafa Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller, THD (Terazi Hukuk Dergisi), Şubat 2008, S. 18.
- Belgesay, Mustafa Reşit Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul 1980.
- Berkin, Necmettin Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuk Rehberi, İstanbul 1980.
- Bilge, Necip/
Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Birtek, Fatih Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Baskı, Ankara 2017.
- Bulut, Mehmet Liberalizm Sorguda (mı)?, Eskiye Dergisi, Sayı 18, Yaz 2010.
- Canstein, Raban von Die rationelle Grundlagen des Civilprozesses, Wien 1877.
- Centel, Nur/
Hamide, Zafer Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2013.
- Çelik, Ferhat Boşanma Davalarında İspat ve Deliller, Ankara 2019.
- Çınar, Ali Rıza Hukuka Aykırı Kanıtlar, TBB Dergisi, Sayı 55, 2004.
- Çiftçi, Pınar Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Birinci Bası, Kasım, Ankara 2018.
- Damaska Mirjan The Faces of Justice and State Authority, A Comparative Approach to the Legal Process, Yale Univ. Press, Londra 1986.
- Demirbaş, Timur Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- Demirbaş, Timur Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

- Deren Yıldırım, Nevhis Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, (Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi)
- Devellioğlu, Ferit Osmanlıca- Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1970.
- Donay, Süheyl Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978.
- Dönmezer, Sulhi Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 2003.
- Dülger, Murat Volkan Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi), Seçkin, Ankara 2014.
- Erdönmez, Güray Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, Onikilevha, İstanbul 2017.
- Erdönmez, Güray Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Bası, Oniki Levha, İstanbul 2014. (Belgelerin ibrazı)
- Erem, Faruk Savunma ve Ceza Yargılamasının Temeldeki Kusurları, TBBD, (1), 91-99.
- Eren, Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Yetkin, Ankara 2013.
- Erman, Sahir Sentez Raporu, Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayını, 1996.
- Eryılmaz, Ali Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil, Ankara, Hukab Yayınları, 2013.
- Gaul, Hans Friedhelm “Zur Frage nach Dem Zweck des Zivilprozesses”, AcP, C. 168, 1968, (Zweck des Zivilprozesses).
- Gedik, Doğan/
Mahir, Topaloğlu Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Gözler, Kemal Yorum İlkeleri, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Ankara, KHP ve TBB Ortak Yayını, 2013.

- Gülsoy, Mehmet Tevfik Türkiye’de Anayasanın Üstünlüğü ve Bağlayıcılığı, İstanbul Üniv. SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış YL Tezi, İstanbul 1994.
- Güralp, Aşye Gülin Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Sistemlerindeki Yeni Gelişmeler Ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2010.
- Habscheid,, J. Walther Richtermacht oder Parteifreiheit, ZZP 81 (1968), Heft: 3-4, (175-196).
- Hatemi, Hüseyin Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992.
- Hirsch, Ernest Kuvvet ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No. 210, Ankara 1966.
- İçel, Kayıhan/
Sokullu Akıncı, Füsun/
Özgenç, İzzet/
Sözüer, Adem/
Mahmutoğlu, Fatih S./
Ünver, Yener İçel-Suç Teorisi, 2. Kitap, 3.Bası, İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- İçel, Kayıhan Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, İÜHF Yayını, 1998.
- İçel, Kayıhan Arama, Elkoyma ve Buna Bağlı Hukuka Aykırı Deliller (Oturum Başkanı Olarak Yaptığı Konuşma), Hukuka Aykırı Deliller Sempozyumu (10-11-12 Mart 1995, İstanbul), 2. Gün, İstanbul.
- İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarda Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul 2005.
- Kabaoğlu, İbrahim Özgürlükler Hukuku 1, 7. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 2013.
- Kabaoğlu, İbrahim Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 3. Bası, Legal, İstanbul 2006.

- Kaçak, Nazif Hukuk Davalarında İspat Rehberi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2006.
- Kale, Serdar/
Keser, Salih Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Mehmet Akif Aydın'a Armağan. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 21, s. 2, 2016.
- Kanadoğlu, Korkut Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışma ve Uyumlaştırılması, İstanbul 2001.
- Kanbur, M. Nihat "Yeni Anayasa Reformu Çerçevesinde Anayasaya Delil Yasaklarına İlişkin Hüküm Konulması Gereği Üzerine", Ceza Hukuku Dergisi, Y.6, S.17, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2011.
- Kaneti, Selim Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007.
- Karaaslan, Varol Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.
- Karslı, Abdurrahim Medenî Usul Hukukunda Usûlî İşlemler, İstanbul 2001.
- Kaymaz, Seydi Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997.
- Kaymaz, Seydi Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Ankara, Seçkin Yayınları, 2009.
- Kılıçoğlu, Ahmet Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, AÜHF Yayınları, Ankara, 1982.
- Kılıçoğlu, Evren Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- Koca, Mahmut Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı, AÜHFD, C. IV, S. 1-2, 2000.
- Koca, Mahmut Ceza Muhakemesinde Deliller, CHD, Y.1, S.2, Aralık 2006.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafii, ABD 2010, Y. 68, C. 3.

- Kodek, Georg E. Rechtswidrig Erlangte Beweismittel Im Zivilprozess, Wien 1987.
- Kofmel, Sabine Das Recht auf Beweis im Zivilverfahren, Stämpfli Verlag AG, Bern 1992.
- Konuralp, Haluk Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Yetkin Yayınları, Ankara 1999.
- Köse, Metin Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, EAÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Haziran 2016.
- Kunter, Nurullah Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.
- Meriç, Nedim Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı.
- Meriç, Nedim Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, DEÜHFD Özel Sayı, C. 11, 2009.
- Optican, Scott “Amerika, Kanada ve Yeni Zelanda’da Hukuka Aykırı Deliller, Arama ve İkrar”, Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, 2007.
- Önder, Ayhan/
Erol Cihan Özet Ceza Muhakemesi Hukuku’na 1992 Değişiklikleri İle İlgili Ek, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Özbek, Veli Özer CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005.
- Özbek, Veli Özer/
Mehmet Nihat Kanbur/
Koray Doğan/
Pınar Bacaksız/
İlker Tepe Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.

- Özekes, Muhammet Medenî Usul Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.
- Özen, Mustafa Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019.
- Özen, Muharrem/
Özen, Mustafa Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları, YÜHFD, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, C.IX, S.2, 2012.
- Öztan, Bilge Medeni Hukukun Temel Kavramları-Hukuka Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Eşya Hukuku, 27. Bası, Ankara, 2008, (Medeni)
- Öztunç, Özgün Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü hukuk anabilim Dalı Kamu Hukuku bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010
- Öztürk, Bahri Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları: Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller-Delil Yasakları, Ankara, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, 1995.
- Öztürk, Bahri/
Erdem, Mustafa Ruhan Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007.
- Öztürk, Bahri/
Durmuş Tezcan/
Mustafa Ruhan Erdem/
Özge Sırma/
Yasemin F. Saygılar Kırtı/
Özdem Özaydın/
Esra Alan Akcan/
Efser Erden Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Pekcanıtez, Hakan/
Atalay, Oğuz/
Özekes, Muhammet Medenî Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2014.
- Pekcanıtez, Hakan/
Taş Korkmaz, Hülya/
Özekes, Muhammet/

- Akkan, Mine Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, C. II, 2017.
- Pekcanitez, Hakan Hukuki Dinlenilme Hakkı, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000.
- Pekcanitez, Hakan Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009.
- Pflughaupt, Matthias Pozesssökonomie, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011.
- Prütting, Hanns Arabuluculuk ve Hukuk Devleti, Çev. Pınar Çiftçi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – IX (15-16 Ekim 2010/Ankara) TBB Yayınları 215, Ankara 2012.
- Prütting Hans/
Gehrlein, Markus ZPO Kommentar, 2010, § 284 Rn 86 vd.,
- Sağlam, Mehmet Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, AYD, S. 19, 2002.
- Schreiber, Klaus Der Dispositionsgrundsatz im Zivilprozeß, Jura 1988, (190-197)
- Serozan, Rona Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008.
- Serozan, Rona Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2005. (Çocuk Hukuku.)
- Serozan, Rona Medeni Hukuk, Genel bölüm, Genişletilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013. (Medeni hukuk)
- Simil, Cemil Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1351-1376 (Basım Yılı: 2015)
- Sözer, Ali Nazım Hukukta Yöntem Bilim, İstanbul 2017.
- Şahbaz, İbrahim İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller, Ankara 2009.

- Şahin, Cumhur/
Göktürk, Neslihan Ceza Muhakemesi Hukuku, C. II, 4. Baskı, Ankara 2015.
- Şahin, Cumhur Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Şahin, Cumhur Sanığın Kolluk tarafından Sorgulanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.
- Şen, Ersan Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda Hukuka Aykırı Deliller Sorunu, İstanbul, Beta Yayınevi, 1998.
- Şen, Ersan Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 148, İstanbul, 1996.
- Şen, Ersan Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Muhbir, Ankara 2009.
- Şen, Ersan İletişimin Denetlenmesi Tedbiri, CHD, s. 3, 2007/Nisan.
- Tandoğan, Haluk Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AHFM, C. XX, 1963, sayı 1-4.
- Tanrıver, Süha Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi, TBBD 2006/65.
- Taşpınar, Sema Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 45, Sayı 1, 1996.
- Tercan, Ercan Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, MİHDER, C. 7, S. 18, İstanbul 2011.
- Tezcan, Durmuş AİHM Kararları Işığında Adil Yargılama Hakkı Bakımından Delillerin Değerlendirilmesi (Delillerin Değeri), Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C. II Atatürk Araştırma Merkezi ve Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, Ankara 2008.

- Tezcan, Durmuş/
Erdem, Mustafa Ruhan/
Sancakdar, Oğuz/
Önok, Rıfat Murat İnsan Hakları El Kitabı, Mart 2014.
- Tosun, Öztekin Ceza ve Medenî Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976.
- Tutumlu, Mehmet Akif Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010.
- Tyler, Tom R. "Procedural Justice and The Courts", The Journal of The American Judges Association, C. 44, S. 1/2.
- Umar, Bilge/
Yılmaz, Ejder İspat Yükü, İstanbul 1980.
- Ünver, Yener Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Aralık 2006, S: 2.
- Ünver Yener/
Hakan Hakeri Ceza Muhakemesi Hukuku, C.II, 7. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.
- Üstündağ, Saim Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.
- Walter Rechberger "Relations Between Parties, Judges and Lawyers. Modern Civil Procedure and the Balance of Procedural Forces", XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Vol. III, La relación entre las partes, los jueces y los abogados, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, (Relations Between Parties, Judges and Lawyers)
- Yeğın, Abdullah İslami-İlmi-Edebi-Felsefi Yeni Lügat, İstanbul 2005.
- Yenisey, Feridun Yasak Yöntemlerle ve Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Deliller, 24.10.1994 Yargıtay'da Sunulan Tebliğ, Vural Savaş/Sadık Mollamahmutoğlu, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun Yorumu, C.I, Madde 1-257, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1995.

- Yıldırım, M. Kamil Medenî Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri, MÜHF Huk. Araş. Der.1991, Cilt: 6, (23–50)
- Yıldırım, M. Kamil Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007.
- Yıldırım, M. Kamil Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yılmaz, Ejder Usul Ekonomisi, AÜHFD, 2008, Cilt 57, Sayı 1, Prof. Dr. Necip Bilge'nin Anısına Armağan.
- Yılmaz, Ejder Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti, Ankara Barosu Dergisi, 1984/2.
- Yılmaz, Yeşim Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2013.
- Yurtcan, Erdener Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2002.
- Yurtcan, Erdener Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2007.
- Yurtcan, Erdener Ceza Yargılaması Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Alfa Basım, 1994.
- Zhivko, Stalev Sosyalist Avrupa Ülkelerinde Hukuk Yargılaması, Çev. Ejder Yılmaz, AÜHFD, S. 1-4, 1976.

<http://tdk.gov.tr/>

<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gr/gr220en.pdf>

<https://www.kazanci.com.tr/>